This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

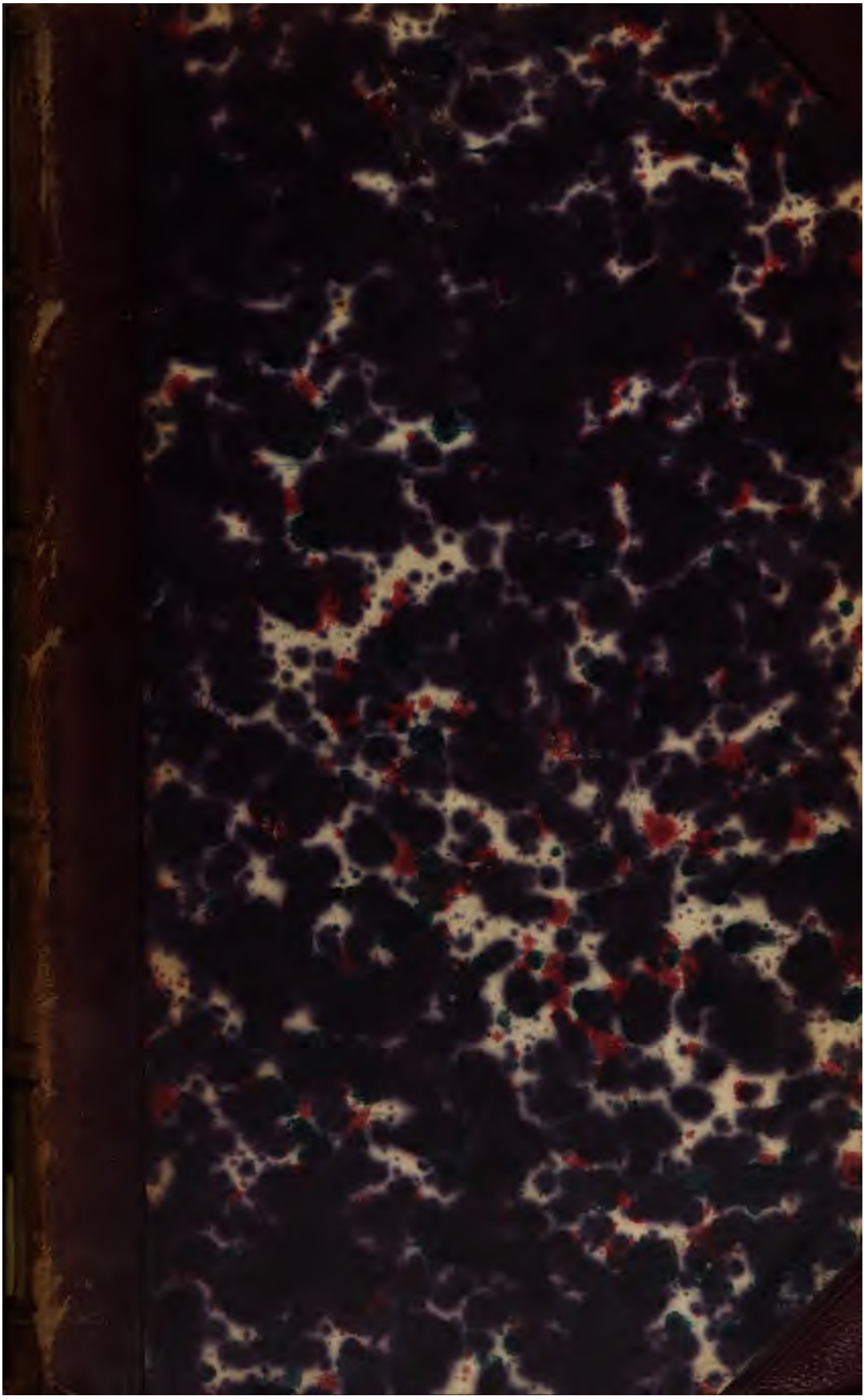
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`



Ex Libris
F. SEEBOHM.
ML. G. 34

L. Rom. A 69 e. 15

Roman
552
P862a

PANDECTES
DE JUSTINIEN.

PANDECTÆ
JUSTINIANEÆ,

IN NOVUM ORDINEM DIGESTÆ,

CUM LEGIBUS CODICIS ET NOVELLIS QUÆ JUS PANDECTARUM CONFIRMANT, EXPLICANT AUT ABROGANT,

A R. J. POTHIER;

De lingua latina in gallicam versæ

A D°. DE BRÉARD-NEUVILLE;

Textu emendato, Versione expolita neonon refecta,

A D°. MOREAU DE MONTALIN, Advocatore.

TOMUS DECIMUS,

Continens titulum x libri XXVI, et libros XXVII et XXVIII.

PARISIIS,

EX TYPIS DONDEY-DUPRÉ,

Via Sancti-Ludovici, N°. 46.

1821.

PANDECTES
DE JUSTINIEN,

MISES DANS UN NOUVEL ORDRE,

AVEC LES LOIS DU CODE ET LES NOVELLES QUI CONFIRMENT, EXPLIQUENT OU ABROGENT LE DROIT DES PANDECTES,

PAR R. J. POTHIER;

TRADUITES

PAR M. DE BRÉARD-NEUVILLE;

Revues et corrigées pour le Texte et la Traduction,

PAR M. MOREAU DE MONTALIN, Avocat.

TOME DIXIÈME,

Contenant le titre x et dernier du livre XXVI, et les livres XXVII et XXVIII.

PARIS,

DE L'IMPRIMERIE DE DONDEY-DUPRÉ,

Rue Saint-Louis, No. 46, au Marais.

1821.

ON SOUSCRIT A PARIS,

Chez
- Me. Borie, Avocat à Paris, *seul Éditeur*, rue St.-Honoré, N°. 317.
- Arthus Bertrand, Libraire, rue Hautefeuille, N°. 23.
- Barrois l'aîné, Libraire, rue de Seine, N°. 10, faubourg St.-Germain.
- L. Devilly, Libraire à Metz.
- Gautier frères, Libraires à Besançon.
- Dondey-Dupré, Imprimeur de l'Ouvrage, rue St.-Louis, N°. 46, au Marais, ou rue Neuve St.-Marc, N°. 10, près la place des Italiens.

Et chez les principaux Libraires et Directeurs des postes de la France et de l'Étranger.

Toutes les Lettres doivent être affranchies.

INDEX

Librorum et titulorum qui in hoc tomo continentur, cum serie et ordine singularum cujusque tituli divisionum : totius hujus voluminis specimen quoddam, et materiarum quasi appendicem exhibens.

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS X.

De suspectis tutoribus et curatoribus.

§. I. *Unde crimen suspecti descendat, et apud quos judices tutor suspectus postulari possint?* Pag. 1
§. II. *Qui tutores possint suspecti fieri?* 2
§. III. *Qui possint tutorem suspectum populare?* Pag. 2
§. IV. *Ex quibus causis tutores et curatores removeantur?* 6
§. V. *Quæ in cognitione suspecti observentur?* 14
§. VI. *De effectu sententiæ quæ tutorem removet, nec non de pœnis suspectorum tutorum.* ibid.
§. VII. *Quando extinguatur cognitio suspecti?* 18

LIBER VIGESIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

De excusationibus tutorum, et temporibus earum.

SECTIO I. *Quænam causæ in perpetuum excusent, quænam ad tempus?* 20
CAPUT PRIMUM. *De causis quæ in perpetuum excusant.* ibid.
Art. I. *De primo excusationis capite, scilicet inæqualitate conditionis; et an etiam excusent inæqualitas dignitatis, aut disparitas religionis.* 22
§. I. *De inæqualitate conditionis.* ib.
§. II. *De inæqualitate dignitatis et disparitate religionis.* 24
Art. II. *De secundo excusationis capite; nimirum ex inimicitiis, aut litibus.* ibid.
Art. III. *De tertio excusationum capite: scilicet ex eo quod quis plus æquo gravaretur.* 28
§. I. *De onere trium tutelarum.* ibid.
§. II. *De exilio et loginquitate domicilii.* 38
§. III. *De rusticitate, senectute, valetudine, et paupertate.* ibid.
Art. IV. *De quarto excusationum capite, nimirum ex privilegio.* 40
§. I. *De numero liberorum.* Pag. 40
§. II. *De privilegio militiæ.* 46
Quæstio prima. *Quinam hoc privilegio gaudeant?* ibid.
Questio altera. *Adversus quos, ex privilegio ante actæ militiæ, vacatio competat?* 48
§. III. *De privilegio eorum qui circa principem sunt occupati.* 54
§. IV. *De privilegio professionis liberalium artium.* ibid
§. V. *De privilegio quorumdam collegiorum ac municipiorum.* 62
§. VI. *De ea privilegii specie quæ uni ex libertis cujusque senatoris competit.* 64
Art. V. *De excusationibus curæ adultorum propriis.* 66
Art. VI. *Quæ causæ excusationem non tribuant?* ibid.
CAPUT SECUNDUM. *De causis quæ temporariam duntaxat excusationem præbent a tutela, vel cura, vel quæ a certa tantum administrationis parte liberant.* 68
Art. I. *Quæ causæ excusent ad tempus?* ibid.
Prima causa. *Morbus temporaneus.* 70

Secunda causa. *Ætas minor viginti-quinque annis.* Pag. 70
Tertia excusationis temporariæ species. *Absentia reipublicæ causa.* ibid.
Quarta causa temporariæ excusationis. *Quorundam honorum aut numerum gestio.* 74
Art. II. *De ea excusationis specie qua quis non a tota tutela, sed a certa parte administrationis liberatur.* 76
Sectio II. *Quibus liceat excusatione uti, et quæ intervenire debeant ut excusatio pariat tutelæ remissionem?* 78
Art. I. *Quibus liceat, nec ne, uti excusationibus supra enumeratis?* ibid.
§ I. *Generalia quædam proponuntur et omnibus personis communia, et quibus quæri potest an excusatio admittenda sit, nec ne?* ibid.
§. II. *An et quando excusatio liberti admittatur a tutela filiorum patroni?* 80
Art. II. *Quæ intervenire oporteat ut excusationis causa remissionem tutelæ pariat?* 82
§. I. *Apud quem judicem et intra quod tempus contestandæ sint excusationum causæ?* ibid.
§. II. *Quomodo sint excusationes? quomodo probandæ, et intra quod tempus?* 86
§. III. *De interponendo decreto quo tutoris, curatorisve excusatio admittatur, isque a tutela vel cura liberetur.* 90
§. IV. *Quibus necessaria non sit eorum quæ in toto hujus articuli decursu dicta sunt observatio?* 94
Sectio III. *Quid consequatur amittatve tutor cujus excusatio admissa est?* 96
§. I. *Quando tutor excusatus amittat ea quæ sibi relicta sunt?* 98
§. II. *Quos tutores vel curatores hæc pœna spectet?* ibid.
§. III. *Ad quæ porrigatur hæc pœna?* 100
Sectio IV. *De ratione declinandæ tutelæ, nominando potiorem se.* 102

TITULUS II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei præstandis?
Art. I. *Ubi pupillus morari vel educari debeat?* Pag. 104
Art. II. *De alimentis pupillo præstandis.* 106

TITULUS III.

De tutelæ, et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione.
Sectio I. *De actione* tutelæ *directa.* 110
Art. I. *Cui et adversus quem competat?* 112
Art. II. *Quum plures fuerunt tutores, quatenus quisque actione* tutelæ *teneatur?* 116
Art. III. *Quibus beneficiis subveniatur uni ex pluribus tutoribus, actione* tutelæ *in solidum convento?* 122
§. I. *De exceptione* divisionis. ibid.
§. II. *De exceptione* ordinis. 124
§. III. *De exceptione* cedendarum actionum, *et beneficio utilis actionis.* 126
Art. IV. *Quando actione* tutelæ *agi possit, et quandiu? Item, an pecuniam ad movendum hoc judicium tutor debeat pupillo subministrare?* 130
§. I. *Quando agi possit?* ibid.
§. II. *Quandiu actio* tutelæ *duret?* 136
§. III. *An ad judicium* tutelæ *movendum pecuniam tutor pupillo debeat subministrare?* ibid.
Art. V. *Quid veniat in actione* tutelæ *præstandum?* 138
§. I. *De inventario et libris rationum exhibendis.* ibid.
§. II. *Cujus temporis administratio in hoc judicio veniat?* ibid.
§. III. *Quarum rerum ratio reddi hoc judicio debet?* 140
§. IV. *Quam culpam tutores et curatores præstent?* 150
Primum exemplum. *Si tutor pupillo auctor fuit ei rei quæ pupillo non expediebat.* 152
Secundum exemplum. ibid.
Tertium exemplum. ibid.
Quartum exemplum. ibid.
§. V *De usuris quæ in hoc judicio veniunt.* 158

§. VI. *De solutione pecuniæ cujus tutor ex redditis rationibus reliquator est.* Pag. 170
Art. VI. *De privilegio judicii tutelæ.* ibid.
SECTIO II. *De actione* de rationibus distrahendis. 172
§. I. *Quo casu hæc actio competat, adversus quos; et, quum plures tutores communi fraude rationes pupilli interverterunt, quatenus quisque hac actione teneatur?* ibid.
§. II. *Quando competat hæc actio; qualis sit, et quid in ea præstandum veniat?* 174
§. III. *Cum quibus actionibus hæc actio concurrat, et an per illas tollatur?* ibid.
SECTIO III. *De* utili *curationis causa actione.* 176
§. I. *Quando hæc actio competat?* ib.
§. II. *Quid veniat in hac actione præstandum?* 178

TITULUS IV.

De contraria tutelæ, et utili actione.

Art. I. *De contraria* tutelæ *actione.* 180
§. I. *Quando huic locus sit, quando competat, cui et adversus quem?* ibid.
§. II. *Quæ veniant in hoc judicio præstanda?* 182
Art. II. *De contraria* utili curationis causa *actione.* 190

TITULUS V.

De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

Art. I. *De actione* protutelæ *directa.* ibid.
§. I. *Quibus casibus huic actioni locus sit?* 192
§. II. *Quum plures pro tutore gesserunt, quatenus quisque teneatur?* 194
§. III. *Quando actio* protutelæ *moveri possit, et quæ in ea veniant?* ibid.
§. IV. *De privilegio hujus actiones.* 196
Art. II. *De contraria actione* protutelæ. ibid.
Art. III. *Cui actioni locus sit ex gestu tutoris posthumo dati?* ibid.

TITULUS VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

SECTIO I. *De inutilitate eorum quæ a falso tutore gesta sunt.* 198
SECTIO II. *De edicto prætoris circa gesta falso tutore auctore.* 200
Art. I. *Quando huic edicto locus sit?* 202
§. I. *Oportere gestum esse ea auctore qui tutor non fuerit.* ibid.
§. II. *Oportere ut dolo malo auctor fuerit falsus tutor.* 204
§. III. *Oportere ut is qui contraxit, deceptus fuerit, dum ignoraret falsum tutorem esse qui auctor esset.* ibid.
Art. II. *Cui et adversus quem, et ad quid detur actio ex hoc edicto, nec non de actione utili quæ ex eodem edicto competit?* 206

TITULUS VII.

De fidejussoribus et nominatoribus; et heredibus tutorum et curatorum.

Art. I. *De heredibus tutorum et curatorum.* 208
Art. II. *De fidejussoribus et nominatoribus tutorum et curatorum.* 216

TITULUS VIII.

De magistratibus convenendis.

§. II. *Quibus casibus huic actioni magistratus inferiores sint obnoxii?* 218
§. II. *Quibus et adversus quos detur hæc actio?* 220
§. III. *An et quatenus ambo magistratus, alter pro altero, hac actione teneantur?* 224
§. IV. *Qualis sit hæc actio, et quid in ea veniat?* 226

TITULUS IX.

De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

Art. I. *Quæ res minorum alienari prohibeantur, et quæ alienationis?* 234
§. I. *Quarum rerum interdicatur alienatio?* ibid.
§. II. *Quæ alienationes interdicantur?* 236

§. III. *Quas exceptiones patiatur prohibitio?* Pag. 238
Art. II. *Quas personas spectet prohibitio?* 246
Art III. *Ex quibus causis alienationes possit judex decreto suo permittere, et quæ requirantur ut ex hoc decreto facta alienatio valeat?* 248
§. I. *Ex quibus causis permittatur alienandi decretum?* ibid.
§. II. *Quæ requirantur alienatio rerum minoris ex decreto judicis facta valeat?* 250
Prima conditio. *Ut magistratus sit competens.* ibid.
Secunda conditio. *Ut causæ cognitio interveniat.* 252
Tertia conditio. *Ut non obreptum sit judici.* 254
Quarta conditio. *Ut tutor fines decreti non fuerit egressus.* ibid.
Art. IV. *De effectu prohibitionis alienandi sine decreto.* 256

TITULUS X.

De curatoribus furioso, ei aliis extra minores, dandis.

Art. I. *De curatoribus qui furioso et similibus personis præter minores ad bona ipsorum administranda dantur.* Pag. 262
§. I. *Propter quæ animi aut corporis vitia curatores dentur, et quibus personis, et quatenus ea vitia probari oporteat?* ibid.
§. II. *Quotuplex sit horum curatorum species, et quinam dari possint?* 266
§. III. *De administratione horum curatorum, et quam vim obtineant, ab his gesta?* 272
§. IV. *De actionibus quæ ex hujus curæ administratione descendunt.* 276
§. V. *Quando finiatur hæc curatoris species?* 278
Art. II. *De altera specie curatorum, qui bonis duntaxat custodiendis dantur.* ibid.
APPENDIX AD LIBROS XXVI et XXVII. *De tutela fœminarum puberum.* ibid.

LIBER VIGESIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant?

SECTIO I. *Qui testamenti factionem habeant?* Pag. 292
§. I. *De prima conditione ad testamenti factionem requisita, id est, libertate.* ibid.
§. II. Secunda conditio. *Requiri ut testator sit civis.* 294
§. III. Tertia conditio. *Requiri ut sit sui juris qui facit testamentum.* 298
§. IV. *De aliis conditionibus aut impedimentis ad testamenti factionem.* 300
SECTIO II. *De forma testamentorum.* 308
Art. I. *De forma testamentorum antiqua.* ibid.
§. I. *Quotuplex olim fuerit forma testamenti conficiendi ex jure civili?* ibid.
§. II. *De conditionibus requisitis ad formam testamenti* per æs et libram, *quod jure Pandectarum obtinebat.* Pag. 314
Prima conditio. *Ut testator nomina heredum aut ipse scripserit aut nuncupaverit.* 316
Secunda conditio. *Ut uno contextu fiat testamentum.* ibid.
Tertia conditio. *Ut testamentum perfectum sit.* 318
Quarta conditio. *Ut testes rogati et ad finem usque præsentes adfuerint.* ibid.
Quinta conditio. *Ut hæ personæ ad solennia testamenti adhibitæ fuerint, quæ non prohibentur.* 320
§. III. *Quæ sit forma testamenti conficiendi jure prætorio?* 328
Art. II. *Quænam testamenti formæ noviter ab imperatoribus introductæ sint?* 332
§. I. *De forma testamenti confi-*

ciendi ex constitutionibus Honorii et Theodosii, et ex jure Justinianeo. Pag. 332
§. II. *De speciali forma in testamentis cœcorum observanda.* 336
Art. III. *De auctoritate testamenti jure confecti, et quatenus noceat aliquam ex solennitatibus prætermissam fuisse.* 338
Art. IV. *De testamentorum insinuatione, et vetita eorum translatione.* 342

TITULUS II.

De liberis et posthumis, heredibus instituendis vel exheredandis.

SECTIO I. *De institutione aut exheredatione liberorum qui tempore testamenti primum in familia gradum obtinent.* 344
Art. I. *Quinam sui heredes dicantur, ut institutio, vel exheredatio eorum ad substantiam testamenti pertineat, et quatenus desideretur?* 346
Art. II. *Quomodo* suorum *heredum institutio fieri debeat?* 350
Art. III. *Quomodo exheredatio fieri debeat?* 360
§. I. *De nominatim facienda exheredatione.* ibid.
§. II. *De exheredatione pure facienda, et vivo filio committenda.* 364
§. III. *De exheredatione a tota hereditate facienda, item a tota heredum gradu; et, quum plures gradus facti sunt, an abomnibus exheredandus sit filius?* 366
§. IV. *Quibus verbis fieri debeat exheredatio?* 370
Art. V. *Quibus ex causis, et qui liberi exheredari possint?* 372
SECTIO II. *De institutione et exheredatione posthumorum.* 374
Art. I. *De institutione et exheredatione posthumorum proprie dictorum.* 376
§. I. *Quis posthumum instituere possit?* ibid.
§. II. *Qui posthumi* sui *possint heredes scribi: ubi de* Aquilianis. 378
§. III. *Quando posthumus videri debeat institutus nec ne?* 386
§. IV. *Quatenus necessaria sit institutio vel exheredatio posthumi sui?* Pag. 386
§. V. *Quomodo institui autexheredari debeant posthumi?* 390
Art. II. *De iis qui posthumorum loco sunt.* 400
§. I. *De lege Velleia, et posthumis* Julianis. 402
§. II. *De aliis quasi-posthumorum speciebus.* 410

TITULUS III.

De injusto, rupto, irrito facto testamento.

Art. I. *De rupto testamento.* 420
§. I. *Quotuplici modo rumpatur testamentum?* ibid.
§. II. *De clausula codicillari.* 426
Art. II. *De irrito testamento.* 428

TITULUS IV.

De his quæ in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

TITULUS V.

De heredibus instituendis.

PRIMA PARS. *Qui possint heredes institui?* 446
SECTIO I. *De incertis personis.* ibid.
SECTIO II. *Quibuscum sit, nec ne, testamenti factio, et quotuplici tempore hæc in herede requiratur?* 448
Art. I. *Enumerantur quædam personæ de quibus dubitatur an habeant testamenti factionem.* 450
Art. II. *An et quomodo servi habeant testamenti factionem?* 452
§. I. *De servis propriis, et de lege Ælia-Sentia.* 454
§. II. *De servis alienis aut communibus.* 464
§. III. *De servis alicujus hereditatis jacentis, et de servis eorum qui post mortem testatoris nati sunt.* ibid.
§. IV. *De captivis et captivorum servis, item de servis pœnæ.* 466
Art. III. *Quibus temporibus requiritur in herede testamenti factio?* ibid.
SECUNDA PARS. *Quæ sit forma institutionis heredis?* 470
§. I. *De voluntate testatoris in*

herede instituendo, et hujus voluntatis significatione Pag. 470
§. II. *Quibus verbis et in quo testamenti loco fieri debeat institutio heredis?* 476
§. III. *An ex certa re heredis institutio fieri possit?* 478
§. IV. *An heres unicus possit ex parte institui, aut plures sine parte; item an heredis institutio diem recipiat?* 486
§. V *De fine quem in instituendo herede testator habere debet.* 492
TERTIA PARS. *Quomodo inter plures heredes distribuatur hereditas?* 494
Art. I. *De conjunctis aut disjunctis heredibus.* 496
Art. II. *De distributione hereditatis inter omnes heredes qui scripti sunt.* 498
§. I. *De casu quo omnes heredes, singuli ex certa hac expressa parte scripti sunt.* 500
§. II. *De secundo casu, quo omnes sine partibus expressis scripti sunt.* 502
§. III. *De tertio casu, quo quidam ex certis expressisque partibus, quidam sine partibus scripti sunt.* 504
§ IV. *Quando quis ex certa ac expressa parte scriptus heres videatur?* 510
Art. III. *De jure adcrescendi.* 512

TITULUS VI.

De vulgari et pupillari substitutione.
SECTIO I. *De vulgari substitutione.* 520
Art. I. *De natura substitutionis vulgaris.* 522
Art. II. *De variis substitutionis vulgaris divisionibus.* ibid.
§. I. *Prima divisio, in* expressas *et* tacitas. 524
§. II. *Secunda vulgarium substitutionum divisio, in* nominatim factas, reciproquas, *et* breviloquas. 526
Prima regula. Ad substitutionem *sive reciproquam, sive breviloquam vocati intelliguntur qui defuncto ipsi heredes extiterunt.* ibid.
Secunda regula. In generali *heredum reciproca substitutione, non continentur illi ex heredibus, quos specialiter testator invicem substituit.* Pag. 528
Tertia regula. In substitutione *reciproca, si ex pluribus heredibus alii conjunctim instituti sunt heredes, alii disjunctim, præferuntur in substitutione qui conjunctim cum deficiente scripti sunt, iis qui disjunctim scripti sunt.* ibid.
§. III. *Tertio et quarta divisio.* 532
Art III. *Qui substitui vulgariter possint?* ibid.
Art. IV. *De effectu substitutionis vulgaris.* 536
Art. V. *Quando deficiat vulgaris substitutio?* 540
SECTIO II. *De pupillari substitutione.* 544
Art. I. *De natura et forma substitutionis pupillaris.* ibid.
Art. II. *Quotuplex sit substitutionum pupillarium divisio?* 550
§. I. *Prima divisio, in* expressam *et* tacitam. ibid.
§. II. *Secunda divisio, in* nominatim *factas*, reciproquas, *et* breviloquas. 556
§. III. *Tertia divisio, in* graduales *et* simplices. 562
§. IV. *Quarta divisio, in* puras *et* conditionales. 564
§. V. *Quinta divisio.* ibid.
Art. III. *Quibus substitui pupillariter possit?* 568
Art. IV. *Quis pupillariter substitui possit?* 570
Art. V. *De effectu substitutionis pupillaris.* 572
Art. VI. *Quando deficiat substitutio pupillaris?* 580
Art. VII. *De* fideicommissaria *pupillari substitutione.* 588
SECTIO III. *De* exemplari *substitutione.* 590
APPENDIX AD DUOS TITULOS PRÆCEDENTES. *De heredum qualitate et differentia.* 592
Art. I. *Quæ requirantur ut servus proprius domino necessarius heres sit?* 594
§. I. *Ut servus necessarius heres sit, debere inspici tempus testamenti et mortis, et præterea conditionis existentis.* ibid.
§. II. *Oportere ut necessario he-*

redi fuerit relicta libertas quam testator ei non deberet. Pag. 602
§. III. *Oportere ut necessario heredi libertas et hereditas simul deferantur, et ex ipso testamento libertas competat.* 604
Art. II. *Quando liberi parenti heredes sui ac necessarii sint?* 606
Art. III. *Quando quis ex substitutione pupillari, sit pupillo necessarius heres.* 608

TITULUS VII.

De conditionibus institutionum.

TITULUS VIII.

De jure deliberandi.

§. I. *De jure Pandectarum circa* jus deliberandi. 610
§. II. *De separatione bonorum hereditariorum a bonis heredis, et beneficio* inventarii. 614

FINIS INDICIS.

DIGESTORUM

SEU

PANDECTARUM

PARS QUARTA.

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS X.

De suspectis tutoribus et curatoribus.

I. Ad tractationem de administratione tutelæ et curæ pertinet etiam hic titulus, in quo agitur de cognitione, per quam ab administratione tutelæ vel curæ removentur tutores et curatores qui suspecti sunt.

« Hæc clausula frequens et pernecessaria est : quotidie enim suspecti tutores postulantur ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Primum igitur tractemus unde descendat suspecti crimen, et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator; deinde quis, et a quo, et ex quibus causis removetur, deque pœna suspecti ». *d. l.* 1. §. 1.

§. I. *Unde crimen suspecti descendat, et apud quos judices tutor suspectus postulari possit?*

II. « Sciendum est suspecti crimen e lege XII Tabularum descendere (1) ». *d. l.* 1. §. 2.

III. « Damus autem jus removendi suspectos tutores, Romæ prætoribus; in provinciis, præsidibus earum ». *d. l.* 1. §. 3.

« An autem apud legatum proconsulis suspectus possit, dubium fuit? Sed imperator Antoninus cum divo Severo Bradnæ-Maurico proconsulis Africæ rescripsit, posse; quia mandata jurisdictione, officium ad eum totum juris dicendi transit ».

(1) *Dolus malus legibus erat vindicatus, ut tutela XII Tabulis.* Cicer. *de offic. lib.* 3. *cap.* 15.

QUATRIÈME PARTIE

DU DIGESTE

OU

DES PANDECTES.

LIVRE VINGT-SIXIÈME.

TITRE X.

Des tuteurs et curateurs suspects.

I. Ce titre appartient aussi au traité de l'administration des tutelles et curatelles, puisqu'il s'y agit de la connaissance d'après laquelle le magistrat doit refuser l'administration de la tutelle ou de la curatelle aux tuteurs et curateurs suspects.

« Cette clause est fréquemment nécessaire; car il arrive souvent qu'on dénonce des tuteurs comme suspects.

« Nous examinerons donc d'abord quelles sont les causes de suspicion; devant quels juges on peut dénoncer un tuteur ou un curateur comme suspect; ensuite, qui peut être dénoncé comme suspect; par qui il peut l'être; pour quelles causes il peut être dénoncé comme tel, et quelle est la peine infligée au tuteur ou curateur suspect ».

§. I. *Quelles sont les causes de suspicion, et devant quels juges un tuteur peut être dénoncé comme suspect.*

II. « Il faut savoir que le crime de suspicion procède de la loi des douze Tables (1) ».

III. « C'est aux préteurs pour Rome, et aux présidens dans les provinces que nous donnons le droit de rejeter des tuteurs comme suspects ».

« On a douté qu'un tuteur pût être dénoncé comme suspect devant le lieutenant du proconsul; mais les empereurs Antonin et Sévère disent dans un rescrit adressé à Bradua-Mauricus, proconsul d'Afrique, qu'on le peut devant un subdélégué, parce que

(1) La peine de la mauvaise foi était établie par les lois, comme la tutelle par les douze Tables.

« Ergo et, si prætor mandet jurisdictionem, simili modo dicendum est suspectum posse apud eum postulari, cui mandata est: quum enim sit in provincia hoc rescriptum, consequens erit dicere, et eum, cui a prætore mandata est jurisdictio, posse de suspecto cognoscere ». *d. l.* 1. §. 4.

§. II. *Qui tutores possint suspecti fieri?*

IV. « Ostendimus qui possunt de suspecto cognoscere. Nunc videamus qui suspecti fieri possunt? Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus si tutor, accusari poterit; quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum, modo ut meminerimus patrono parcendum (1) ». *d. l.* 1. §. 5.

Item Alexander: « Etiam testamento patris tutorem datum suspectum postulare potes, si fraudem tutoris argueris». *l.* 4. *cod.* 5. 43. *h. t.*

V. « Suspectus fieri is quoque qui satisdederit, vel nunc offerat, potest: *Expedit enim pupillo rem suam salvam, quam* (2) *tabulas rem salvam fore cautionis habere.* Nec ferendus est contutor qui ideo collegam suum suspectum non fecit, quoniam cautum erat pupillo ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 3. disp.

« Quia *satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat*, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat ». *l.* 6. Callist. *lib.* 4. *de cognit.*

VI. « Non tantum autem adolescentis curator, sed etiam furiosi vel prodigi, ut suspectus removeri potest ». *l.* 3. §. 2. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Sed et si quis curam ventris, bonorumve administrat, non carebit hujus criminis metu ». *d. l.* 3. §. 3.

VII. Quamvis autem hæc cognitio in omnes quoscumque tutores aut curatores cadere possit, tamen « si tutor aliquo vinculo necessitudinis, vel affinitatis, pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factu est curatorem ei potius adjungi, quam eumdem cum notata fide et existimatione removeri ». *l.* 9. Modest. *lib. singul. de Eurematicis.*

§. III. *Qui possint tutorem suspectum postulare?*

VIII. « Consequens est ut videamus qui possunt suspectos

(1) Vid. infra, *n.* 7.
(2) Id est, magis *quam*: ut alias sæpissime.

le proconsul, en déléguant sa juridiction, délègue le droit de juger sur toutes matières ».

« D'où suit que si le préteur délègue sa jurisdiction, il faut dire aussi qu'un tuteur peut être dénoncé comme suspect devant le juge qu'il a délégué, parce que le rescrit l'ayant décidé pour les proconsuls des provinces, il s'ensuit que le même pouvoir a dû être donné à cet égard aux préteurs pour Rome ».

§. II. *Quels tuteurs peuvent être suspects.*

IV. « Nous avons dit quel magistrat ou quel lieutenant pouvait connaître de la dénonciation portée contre un tuteur comme suspect; voyons maintenant quels sont ceux contre qui elle peut avoir lieu. Tous les tuteurs testamentaires ou autres peuvent être dénoncés comme suspects : c'est pourquoi un tuteur légitime peut aussi l'être; mais que dire si c'est un patron? Il faudra encore dire que ces dispositions lui sont également applicables, en se souvenant néanmoins des égards qui lui sont dus (1) ».

Alexandre dit aussi : « Vous pouvez dénoncer comme suspect le tuteur même donné par testament, si vous prouvez qu'il soit coupable de fraude ».

V. « On peut aussi dénoncer comme suspect un tuteur qui a donné caution ou qui l'offre, parce qu'un pupille a plus d'intérêt à ce que ses biens soient conservés, qu'à s'en être fait donner caution (2); et on ne doit pas écouter un cotuteur qui allègue n'avoir pas dénoncé son cotuteur parce qu'il avait fourni cette caution ».

« La raison en est que la caution fournie par le tuteur ne change pas ses mauvaises dispositions, et lui donne la faculté de malverser plus long-tems ».

VI. « Non-seulement le curateur d'un adulte, mais encore celui d'un fou ou d'un prodigue, peuvent être rejetés comme tuteurs suspects ».

« Et même l'individu qui administre les biens d'un enfant à naître, n'est pas exempt d'être dénoncé comme suspect ».

VII. Mais bien que cette dénonciation puisse avoir lieu contre tous les tuteurs et curateurs, cependant « si un tuteur est parent ou allié de son pupille, ou si c'est un patron qui gère la tutelle de son affranchi, et que son cotuteur soit dénoncé comme suspect, le mieux est d'adjoindre un curateur à ce tuteur, plutôt que de le destituer avec note d'infamie ».

§. III. *Qui peut dénoncer un tuteur comme suspect.*

VIII. « Il faut maintenant voir qui peut dénoncer un tuteur

(1) Voy. ci-après *n.* 7.

(2) C'est-à-dire, *magis quam*, comme on le voit très-souvent.

postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere ». *l.* 1. §. 6. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Quinimo et mulieres admittuntur; sed hæ solæ quæ pietate necessitudinis ductæ ad hoc procedunt, ut puta, mater; nutrix quoque et avia possunt; potest et soror : nam in sororem etiam rescriptum extat D. Severi. Et si qua alia mulier fuerit, cujus prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem ». *d. l.* 1. §. 7.

IX. « Tutor quoque contutorem potest suspectum facere, sive duret adhuc tutor, sive jam desierit ipse, contutor autem maneat tutor. Et ita divus Severus rescripsit ».

« Plus, divus Pius Cæcilio-Petino rescripsit, posse tutorem suspectum remotum, contutores suos suspectos facere ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

X. « Liberti quoque pupillorum grate facient, si tutores vel curatores eorum, male gerentes rem patronorum, vel liberorum patronorum, suspectos fecerint ».

« Sed si patronum suum ut suspectum in tutela facere velint, melius est libertos accusatione repelli, ne in ipsa cognitione gravius aliquid emergat (1), quum hoc aliis omnibus pateat ». *d. l.* 3. §. 1.

XI. Ipsis autem « impuberibus quidem non permittitur suspectos facere ».

« Adolescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos, permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. tribunal.*

XII. Omnibus supra dictis consonat quod rescribit Gordianus : « Removendi autem licentia non solum parentibus utriusque sexus, sed etiam cognatis et extraneis, et affinibus, et ipsi cujus res administrantur (si non impubes sit) arbitrio cognatorum bonæ opinionis constitutorum, conceditur ». *l.* 6. §. 1. *cod.* 5. 43. *h. tit.*

XIII. « Præterea, videndum an et sine accusatione possit suspectus repelli ? Et magis est ut repelli debeat, si prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum esse. Quod favore pupillorum accipiendum est ». *l.* 3. §. 4. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

---

(1) Sensus est, *ne in ipsa cognitione* (nimirum in disceptatione causæ) *gravius aliquid emergat :* videlicet ut libertus objiciat patrono graviora quæ libertos patronis objicere, debita ipsis reverentia non sinit. Nec damnosum videri debet pupillo, si is libertus tutoris arceatur ab hoc munere postulandi suspecti tutoris : potest enim per alios ei succurri, *quum hoc* munus *aliis omnibus pateat.*

comme suspect, et il faut savoir que cette action est assimilée aux actions publiques, et que par conséquent elle appartient à tout le monde ».

« Et même aux femmes; mais il faut qu'elles soient portées à cette dénonciation de suspicion par une raison d'attachement; ce qui peut avoir lieu, par exemple, pour la mère, la nourrice et l'aïeule du pupille. Sa sœur peut aussi intenter cette action; car un rescrit de l'empereur Sévère l'y autorise; et s'il se présente une autre femme pour l'intenter, le préteur, après avoir examiné si les motifs de sa demande procèdent d'un intérêt réel pour le pupille, pourra l'admettre dans sa dénonciation ».

IX. « Un tuteur peut même dénoncer son cotuteur, soit qu'il gère encore ou qu'il ait cessé de gérer la tutelle avec lui, suivant un rescrit de l'empereur Sévère ».

« Antonin-le-Pieux dit également dans un rescrit adressé à Cæcilius-Petinus, qu'un tuteur destitué comme suspect, peut lui-même dénoncer aussi ses cotuteurs comme suspects ».

X. « Les affranchis des pupilles feront aussi une bonne action en dénonçant les tuteurs ou curateurs de leur patron ou de ses enfans, s'ils administrent mal leurs biens ».

« Mais si des affranchis veulent dénoncer leurs patrons comme tuteurs suspects, le mieux est de rejeter leurs dénonciations, pour éviter les suites fâcheuses qu'elles pourraient avoir (1), puisque la même voie est ouverte à tout le monde, s'il y a lieu ».

XI. Mais « les pupilles ne peuvent pas eux-mêmes dénoncer leurs tuteurs tant qu'ils sont impubères ».

« S'ils sont adultes, ils peuvent dénoncer leurs curateurs avec le conseil de leur famille ».

XII. Tout ce qu'on vient de dire s'accorde avec ce que dit Gordien dans un rescrit. « Il est permis de dénoncer des tuteurs comme suspects, non-seulement aux parens de l'un et l'autre sexe, mais encore aux cognats, aux alliés des pupilles, aux étrangers, et aux pupilles eux-mêmes sur le conseil préalable de leurs cognats bien famés, pourvu qu'ils ne soient pas impubères ».

XIII. « Il faut encore voir si un tuteur ne peut pas être destitué sans cette dénonciation, et le mieux est de dire qu'il le peut, s'il apparaît au préteur qu'il y en ait des motifs plausibles. C'est ce qui a été reçu en faveur des pupilles ».

---

(1) Le sens est que dans la discussion de la cause il pourrait naître des incidens plus graves, comme par exemple si l'affranchi faisait à son patron des imputations que la loi lui défend de faire à cause du respect qu'il lui doit, et qu'il n'est pas dangereux pour le pupille que son affranchi n'obtienne pas la destitution de son tuteur, qu'il peut obtenir par d'autres moyens, puisque tout le monde peut la demander.

§. IV. *Ex quibus causis tutores et curatores removeantur ?*

XIV. « Nunc videamus ex quibus causis suspecti removeantur ? Et sciendum est, aut ob dolum in tutela admissum, suspectum licere postulare; si forte grassatus in tutela est, aut sordide egit, vel perniciose pupillo, vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus jam tutor ». *d. l.* 3. §. 5.

Item « Serverus et Antoninus rescripserunt Epicurio, *tutores* qui res vetitas sine decreto distraxerunt, nihil quidem egisse : verum, si per frandem id fecerunt, removeri eos oportere ». *d. l.* 3. §. 13.

« Sed et « si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet ». *sup. d. l.* 7. §. 1.

Enimvero, « *magna negligentia* culpa est; *magna culpa*, dolus est (1) ». *l.* 226. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Paul. *lib.* 1. *Manualium.*

« Lata autem culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt ». *l.* 213. §. *fin. d. t.* Ulp. *lib.* 1. regul.

Imo hoc « latæ culpæ finis est (2), non intelligere id quod omnes intelligunt ». *l.* 223. *ff. d. t.* Paul. *lib.* 2. sent.

Hinc V. G. « is tutor qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate (3), potest suspectus postulari ». *d. l.* 3. §. 17.

XV. Ob ea autem quæ tutor fecit, ita demum suspectus postulari potest, si tempore tutelæ fecerit. « Quod si quid admisit, ante tamen admisit quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela (4), non potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam præcessit. Proinde, si pupilli substantiam expilavit, sed an-

(1) Non ex sua natura, sed ex circumstantiis. V. G. si quis in rebus suis diligens probaretur : hoc casu, *magna* ejus *negligentia*, *magna* ejus *culpa* in alienis, videretur *dolus*. Adversatur enim bonæ fidei, ut quis alienis rebus administrationi ipsius commissis, eamdem diligentiam non adhibeat, quam adhibet suis.

(2) Id est, terminus. Tunc culpa dicitur *lata*, quum eo usque procedit : nec enim in genere culpæ potest esse aliquid ultra hoc, *non intelligere quod omnes intelligunt*.

(3) Evidenter lucrosæ ; quum forte diceret timuisse se inopinatum æs alienum emergere. Hoc enim est supinæ ignorantiæ : nemo enim nescit id non esse mutuendum pupillo, qui hoc casu posset adversus aditionem suam restitui.

(4) Alia scilicet. Vid. speciem seq.

§. IV. *Pour quelles causes les tuteurs et curateurs peuvent être destitués.*

XIV. « Voyons maintenant pour quelles causes des tuteurs et curateurs peuvent être destitués comme suspects. Il faut savoir qu'on peut les dénoncer comme tels pour fraude commise dans la tutelle, s'ils y ont malversé, s'ils ont fait quelque chose de préjudiciable au pupille, ou détourné quelque portion de ses biens à leur profit, depuis qu'ils gèrent sa tutelle ».

« Sévère et Antonin disent, dans un rescrit adressé à Epicurius, que les ventes faites par un tuteur, sans décret du préteur, lorsqu'il était nécessaire, sont nulles, et que s'il les a faites par fraude, il doit être destitué ».

Et même, « quand il ne serait coupable que d'une grande négligence, il faudrait encore le destituer, parce qu'une grande négligence de sa part est assimilée à une fraude ».

En effet, « une grande négligence est une faute, et une grande faute est un dol (1) ».

« Or, une grande négligence est une faute, c'est-à-dire, qu'elle suppose qu'on comprend tout ce que le monde comprend ».

Or, « la plus grande des fautes (2) est de ne pas comprendre ce que tout le monde comprend ».

C'est pourquoi, par exemple, « un tuteur qui a inconsidérément ou par dol, fait renoncer son pupille à une succession (3), peut être dénoncé comme suspect ».

XV. Mais un tuteur ne peut être dénoncé comme suspect que pour ce qu'il a fait depuis qu'il gère la tutelle. « Ce qu'il aurait fait avant d'être tuteur, même relativement aux biens de son pupille ou à sa tutelle (4), ne peut pas motiver la dénonciation de sa personne comme tuteur suspect, parce qu'il n'était pas tuteur quand il a fait ce qu'on lui impute : ainsi, quand il aurait spolié la suc-

(1) Non pas de sa nature, mais à raison des circonstances. Par exemple, s'il était prouvé que ce tuteur faisait ses propres affaires avec beaucoup de soin, alors sa grande négligence dans celles de son pupille serait une grande faute, et cette faute un dol, parce qu'il est contre la bonne foi de ne pas donner aux affaires des autres, quand on en est chargé, les mêmes soins qu'aux siennes.

(2) C'est-à-dire, le terme de la plus grande faute. Cette faute est appelée *lata*, parce qu'elle s'étend jusqu'à ce terme, et que ne pas entendre ce que tout le monde entend, est en effet le terme des plus grandes fautes.

(3) Evidemment avantageuse ; sous prétexte qu'il craignait qu'on ne découvrît des dettes cachées, crainte qui est celle d'une ignorance crasse, puisque tout le monde sait que le pupille ne court aucun risque, pouvant se faire restituer contre son acceptation.

(4) L'autre tutelle. Voyez l'espèce suivante

tequam tutor esset, accusari debet *expilatæ hereditatis* crimine : si minus, *furti* (1) ». *d. l.* 3. §. 5. *v. quod si.*

Hinc « quæri potest : Si tutor fuerit pupilli, idemque sit curator confirmatus adolescenti, an possit ex delictis tutelæ suspectus postulari ? Et quum possit *tutelæ* a concuratoribus conveniri, consequens erit dicere cessare suspecti accusationem ; quia *tutelæ* agi possit, deposito officio, et alio sumpto ». *d. l.* 3. §. 6.

Pariter, « si curator ventri bonisque datus fraudulenter versatus sit, deinde tutor datus, an postulari suspectus propter fraudes in cura admissas possit, dubitari potest ; et si quidem habet contutores, non poterit postulari, quia conveniri potest ; si non habet, amoveri potest ». *d. l.* 3. §. 11.

« Idem erit quærendum et si proponas aliquem desiisse esse tutorem, et rursum cœpisse : ut puta, usque ad tempus vel ad conditionem erat datus ; deinde iterum vel superveniente conditione testamentaria, vel etiam a prætore postea datus est ; an suspectus postulari possit ? Et quia duæ tutelæ sunt, si est qui eum tutelæ judicio conveniat, æquissimum erit dicere, cessare crimen suspecti ». *d. l.* 3. §. 7.

« Si autem ipse tutor est solus, numquid, quia *tutelæ* cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo quod in alia male versatus sit ? Ergo et in eo qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest ». *d. l.* 3. §. 8.

De casu igitur quo tutor contutorem haberet, accipe quod dicitur in specie sequenti : « Si quis abfuturus « reipublicæ causa, desideravit in locum suum constitui alium tutorem, an reversus ex ante gesto suspectus postulari possit ? Et quia potest ex priore gestu utili (2) actione conveniri (3), cessabit postulatio ». *d. l.* 3. §. 10.

« Quod si quis ita tutor datus sit, *quoad in Italia erit, tutor esto ;* vel *quoad trans mare non ierit* : « An possit suspectus postulari ex eo gestu quem administravit antequam trans mare abesset ? Et magis est ut postulari possit, quasi una tutela sit, habens intervalla ». *d. l.* 3. §. 9.

XVI. Vidimus quando possit tutor suspecti postulari, nec ne, ob ea quæ gessit ; hi autem « qui nihil gesserunt, non possunt

(1) Scilicet si jam adita hereditate surripuit.

(2) Id est, efficaci.

(3) A contutore.

cession avant d'être tuteur, on ne pourrait l'accuser que de déprédation ou de vol (1) ».

C'est pourquoi « on peut examiner si celui qui a été tuteur d'un pupille, et ensuite son curateur, peut être dénoncé comme curateur suspect pour les fautes qu'il a faites comme tuteur; et ses cotuteurs ayant contre lui l'action de la tutelle, il s'ensuit que l'accusation en suspicion ne peut plus être admise, parce que l'action de la tutelle a encore lieu quand le tuteur a été déposé et remplacé par un autre ».

De même, « on peut douter que celui qui a été donné d'abord comme curateur à l'enfant à naître et à ses biens, et ensuite donné pour tuteur, puisse être dénoncé comme tuteur suspect pour les fautes qu'il aurait faites comme curateur; mais s'il a des cotuteurs, il ne pourra pas être dénoncé, parce qu'on a contre lui une action personnelle; s'il n'a pas de cotuteurs, il pourra être destitué ».

« On peut faire la même question par rapport à celui qui ayant cessé d'être tuteur, le serait ensuite redevenu, comme, par exemple, celui qui aurait été donné pour tuteur sous condition, ou pour un tems déterminé, et qui depuis aurait été donné par le préteur, la condition du testament étant remplie; mais comme il y a là deux tutelles, s'il se trouve un individu qui puisse intenter contre lui l'action de la tutelle, il faudra dire qu'il ne peut pas être dénoncé comme suspect ».

« Mais s'il est seul, l'administration ne pourra-t-elle pas lui être retirée comme tuteur suspect, pour avoir malversé dans l'autre, puisque l'action de la tutelle n'aura plus lieu contre lui? Il faut dire la même chose de celui qui, après avoir terminé sa gestion de tuteur, est devenu curateur ».

C'est donc du cas où il y a plusieurs tuteurs qu'il faut entendre ce qui est dit dans l'espèce suivante. « Si un tuteur, devant s'absenter pour le service de la république, a demandé qu'on en établît un autre à sa place, pourra-t-il, après son retour, être dénoncé comme suspect pour ce qu'il avait fait avant de s'absenter? Comme à cet égard une action utile (2) est accordée (3), il ne pourra pas être dénoncé comme suspect ».

« Mais si un tuteur a été donné tant qu'il serait en Italie, ou qu'il ne serait pas outre mer, pourra-t-il être dénoncé comme suspect pour ce qu'il avait fait avant d'être outre mer? Le mieux est de dire qu'il peut l'être, attendu qu'il n'y a qu'une tutelle administrée par intervalles ».

XVI. Nous avons vu quand un tuteur pouvait ou ne pouvait pas être dénoncé comme suspect pour sa gestion; mais ceux « qui

(1) Si c'est après l'adition d'hérédité.

(2) Efficace.

(3) A son cotuteur.

suspecti postulari (1) : verum ob ignaviam, vel negligentiam, vel dolum, si dolo fecerunt (2), possunt removeri ». *l.* 4. §. 4. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. tribun.*

Eos qui dolo non gesserunt, posse ut suspectos postulari et removeri, discimus etiam ex sequenti rescripto Antonini.

« Curatores quidem suo periculo, quanto tardius ad eos tutela transfertur, cessant; quod si in fraudem id esse factum existimas, suspectos eos postulas; qui si summoveri meruerint, in locum eorum alios accipias ». *l.* 2. *cod.* 5. 43. *h. tit.*

Simili ratione Ulpianus ait : « Item si quis tutor datus non compareat, solet edictis evocari, novissimeque (si copiam sui non fecerit) ut suspectus removeri, ob hoc ipsum quod copiam sui non fecit. Quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est ». *l.* 7. §. 3. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. trib.*

XVII. « Præterea, accesserunt quædam species ex epistola Imperatoris nostri et divi Severi ad Atriunculonium : nam adversus eos qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere : ut suis rebus careant præcipitur, reique servandæ causa, pupillus in possessionem mittitur ejus qui suspectus sententia sua factus est; quæque mora deteriora futura sunt, curatore dato distrahi jubentur ». *d. l.* 7. §. 2.

Et alibi brevius : « Tutor qui ad alimenta pupilla præstanda copiam sui non faciat, suspectus est, poteritque removeri ». *d. l.* 3. §. 14.

Hoc accipe, si dolo, aut lata culpa ejus fiat quominus decernantur.

Ita enim Tryphoninus : « Si absens sit tutor, et alimenta pupillus desideret : si quidem negligentia et nimia cessatio in administratione tutoris objiciatur, quæ etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam ejus deserta derelictaque sunt pupilli negotia; evocatis adfinibus atque amicis tutoris (3), prætor, edicto proposito, causa cognita, etiam absente tutore, decernet vel removendum eum qui dignus tali nota videbitur, vel adjungendum curatorem : et ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo : si vero necessaria absentia tutoris et improvisa acciderit, forte quod subito ad cognitionem principalem profectus, nec rei suæ providere, nec consulere pupillo potuerit, et speratur redire, et idoneus sit tutor, nec expediat alium adjungi, et pupillus alimenta de re sua pos-

(1) Ex hoc solo quod non gesserunt.

(2) Si dolo effectaverunt non gerere.

(3) Scilicet ut sciscitetur ab eis, num eum defendere velint.

n'ont encore rien fait ne peuvent pas être dénoncés comme suspects (1); ils peuvent seulement l'être pour cause d'insouciance, de négligence ou de dol, si c'est par dol qu'ils n'ont rien fait (2) ».

Nous apprendrons par le rescrit suivant d'Antonin, que ceux qui par fraude ne se sont point occupés de leur gestion peuvent être dénoncés et destitués comme suspects.

« Les curateurs, à la vérité, négligent à leurs risques et périls l'administration de la curatelle, du jour qu'ils en ont été chargés; mais si vous pensez qu'en eux cette négligence était frauduleuse, dénoncez-les comme suspects; et s'ils ont mérité d'être destitués, on vous en donnera d'autres ».

C'est conformément à ces principes qu'Ulpien dit : « Si un tuteur ne comparaît pas, on a coutume de l'en sommer par édit, et s'il fait encore défaut, de le destituer pour cela seul; mais on s'y détermine rarement, et toujours en connaissance de cause ».

XVII. Il s'est encore présenté d'autres espèces, d'après le rescrit de notre Empereur et de Sévère, adressé à Atriunculonius; car ils ordonnent, dans le cas où les tuteurs se cachent pour se soustraire à l'obligation de fournir des alimens, de les priver de leurs biens, et d'en mettre le pupille en possession, par forme conservatoire, après avoir fait juger suspects ces mêmes tuteurs, ainsi que de donner un curateur au pupille, pour vendre les objets qui pourraient se détériorer par la demeure ».

Il est encore dit ailleurs plus brièvement, « que le tuteur qui se cache pour ne pas fournir des alimens à son pupille, est pour cela seul suspect, et peut être destitué ».

« Ce qui s'entend du cas où c'est par dol ou faute grave que le tuteur a empêché qu'on ne les adjugeât ».

Car Tryphoninus dit : « Si le tuteur est absent, et que le pupille manque d'alimens, ou si on lui reproche une négligence grave dans son administration, dont on puisse conclure qu'il a abandonné les affaires de son pupille, le préteur, après avoir appelé ses parens et ses amis (3), peut, avec connaissance de cause, le destituer, quoique absent, comme l'ayant mérité, ou lui adjoindre un curateur qui soit chargé de fournir des alimens au pupille : mais si l'absence de ce tuteur a été imprévue ou nécessitée, comme par exemple, s'il a été appelé à répondre sur faits et articles devant le prince, si subitement qu'il n'ait pu pourvoir ni à ses propres affaires, ni à celles de son pupille; qu'on espère cependant son retour; que ce soit un tuteur solvable; qu'il n'y ait pas de raisons pour lui en adjoindre un autre, et que le pupille réclame

(1) Pour cela seul qu'ils n'ont rien fait.

(2) Si c'est par dol qu'ils n'ont pas géré.

(3) Pour leur demander s'ils ne veulent pas le défendre.

tulet : recte constituetur (1) ad hoc solum, ut ex re pupilli alimenta expediat ». *l.* 6. *ff.* 27. 2. *ubi pupill. educ. lib.* 14. disp.

Diximus prætorem, quum absentem tutorem removere vult, evocare debere tutoris affines et amicos. « *Amicos* appellari debemus, non levi notitia conjunctos ; sed quibus fuerint jura cum patrefamilias, honestis familiaritatis quæsita rationibus ». *l.* 223. §. 1. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Paul. *lib.* 2. sent.

XVIII. Præter causas quas enumeravimus ex quibus quis a tutela removendus est, « si tutor inimicus pupillo parentibusve ejus sit, et generaliter, si qua justa causa prætorem moverit cur non debeat in ea tutela versari, rejicere eum debebit ». *d. l.* 3. §. 12.

Hinc, « quum ipse patruus quem tutorem legitimum sibi dicebat pupillus esse, subjectum filium criminaretur (2), et ad se legitimam hereditatem pertinere contenderet, alium tutorem petendum Julianus respondit ». *l.* 27. §. 1. *ff.* 26. 2. *de test. tut.* Tryph. *lib.* 14. disp.

Hanc quoque causam removendi tutoris referunt Severus et Antoninus : « Si contra matris ultimam voluntatem, Fuscinium filio communi tutorem datum (3) probaveris, eum sine damno existimationis a tutela removendum prætor decernat. Quæ rescriptio, si in fraude convictus fuerit, non suffragabitur (4) ». *l. un. cod.* 5. 47. *si contra matr. volunt.*

XIX. Vidimus ex quibus causis tutor vel curator removeatur. Sola autem paupertas non est idonea causa removendi. Nam « suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimvero tutor, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 61. *ad ed.*

Similiter rescribit Alexander : « In postulandis suspectis tutoribus seu curatoribus, non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur, perpendi oportet ». *l.* 5. *cod. h. t.*

Hoc tamen casu, æstimabit judex an debeat curator adjungi. Sic enim rescribit Gordianus : « Pietatis fungeris munere, qui fratris tui filios, ut necessitudo sanguinis suadet, protegere conaris : si igitur tutores vel curatores eorum non recte administrant,

(1) Curator.

(2) Id est, partum suppositum.

(3) Quum forte magistratus qui eum dedit, ignorasset matrem cavisse testamento ne is daretur tutor : prætor enim eo casu sequi debet matris voluntatem in dando alio tutore.

(4) Quominus cum infamia removeatur.

des alimens sur ses propres biens, il sera convenable alors d'ordonner seulement (1) de lui en fournir ».

Nous avons vu dit que le préteur doit appeler les parens et les amis du tuteur qu'il veut destituer à cause de son absence. « Il faut entendre par *ses amis*, non ceux qu'il connaît très-légèrement, mais ceux qui ont avec lui des liaisons d'affaires ou d'amitié ».

XVIII. Outre les cas pour lesquels nous avons dit qu'un tuteur pouvait être destitué, « si un tuteur est devenu l'ennemi de son pupille ou de ses parens, et en général, si des raisons suffisantes déterminent le préteur à ne plus lui laisser l'administration de la tutelle, il devra le destituer ».

C'est pourquoi « Julien a répondu que si l'oncle paternel que le pupille disait lui avoir été donné comme tuteur légitime, lui a contesté la qualité de fils de son frère (2), et a prétendu que la succession lui appartenait, on devait demander un autre tuteur pour ce pupille ».

Sévère et Antonin rapportent encore une autre cause et motif de destituer un tuteur. « Si vous prouvez que c'est contre la dernière volonté de votre mère qu'on a donné Fuscinius pour tuteur à votre fils commun, le préteur pourra le destituer sans que son honneur ni sa réputation en éprouvent aucune atteinte (3); mais cette restriction ne lui sera pas applicable, s'il a été convaincu de fraude (4) ».

XIX. Nous avons vu pour quelles causes un tuteur ou curateur devait être destitué; mais leur pauvreté n'en serait pas une raison suffisante; car « nous regardons comme tuteur suspect celui que sa conduite fait juger tel : et en effet, un tuteur qui serait un homme fidèle à ses devoirs et soigneux pour ses affaires, ne devrait pas être destitué d'une tutelle comme suspect, bien qu'il fût pauvre ».

Alexandre dit également dans un rescrit : « Il faut examiner par rapport aux tuteurs et aux curateurs dénoncés comme suspects, non pas quelles sont les forces de leur patrimoine, mais principalement s'ils se sont rendus coupables de négligence ou de fraude ».

Toutefois, dans ce cas, le juge examinera s'il ne doit pas adjoindre un curateur; car Gordien dit dans un rescrit : « Vous remplissez un devoir de piété fraternelle en protégeant les enfans de votre frère, ainsi que vous y porte votre affection. Si donc leurs

(1) Au curateur.

(2) En disant qu'il était un enfant supposé.

(3) Le magistrat qui l'a donné, ignorant que la mère avait, par son testament, prévu à ce qu'il fût exclu; car le préteur dans ce cas, devait respecter cette volonté et donner un autre tuteur.

(4) Pour n'être pas destitué avec infamie.

suspectis eis postulatis atque ostensis, ut alii in locum eorum constituantur, facile impetrabis. Quod si nihil in fraudem egerunt, verum ita egeni sunt, ut in eorum administratione fratris tui filiorum substantia periclitetur, an eis adjungendus sit curator qui idoneus facultatibus sit, rector provinciæ æstimabit ». *l.* 6. *cod.* 5. 43. *h. tit.*

§. V. *Quæ in cognitione suspecti observentur?*

XX. Pendente suspecti cognitione, tutori administrationem interdici, et alium interim subrogari debere rescribit Gordianus : « Eum quem ut suspectum tutorem vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis abstinere ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, præses provinciæ jubebit. Alius tamen interea in locum ejus in administratione rerum ordinandus est ». *l.* 7. *cod.* 5. 43. *h. tit.*

In hac cognitione Julius-Aquila libro responsorum respondit : « Ad instruendam diligentiam judicantis, et pupillorum utilitatem admittendam, servos quoque eorum interrogari posse ». *l.* 34. *ff.* 26. 7. *de adm. et peric. tut.*

Enimvero, « nihil proponi cur præscribere curator possit in cognitione suspecti, quominus religio prætoris a pupillari servo detegente fraudes instruatur ». *l.* 12. *ibid.*

§. VI. *De effectu sententiæ quæ tutorem removet, nec non de pœnis suspectorum tutorum.*

XXI. Effectus sententiæ quæ tutorem removet, is est ut remotus tutor esse desinat : sed et « si prætor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est, magis esse ut hic desinat esse tutor ». *l.* 4. §. 3. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. trib.*

Unde est quod « decreto prætoris ut suspectus remotus, periculum futuri temporis non timet, iniquum enim videtur removeri quidem a tutela vel cura, in futurum autem non esse securum ». *l.* 10. Papin. *lib.* 12. *quæst.*

XXII. Sententiæ quæ tutorem removet, is quoque effectus esse potest, ut tutor remotus fiat infamis : quod tamen non semper obtinet.

Nam « suspectos tutores ex dolo, non etiam eos qui ob negligentiam (1) remoti sunt, infames fieri manifestum est ». *l.* 9. *cod.* 5. 43. *h. tit.* Diocl. et Maxim.

---

(1) An autem crassa negligentia hac in re æquiparetur dolo, lis est inter interpretes Ego sic sentio, non debere quem notari ob quantumvis crassam negligentiam, quum a naturali inertia proficiscitur : quod si quis in rebus

tuteurs ou curateurs administrent mal leurs biens, aprés les avoir dénoncés comme suspects, et prouvé la justice de votre dénonciation, vous obtiendrez facilement qu'on en donne d'autres; mais s'ils ne se sont rendus coupables d'aucune fraude, et que leur pauvreté seule vous fasse craindre que les biens des enfans de votre frère ne soient pas en sûreté dans leurs mains, le gouverneur de la province jugera dans sa sagesse s'il doit leur adjoindre un curateur solvable ».

§. V. *De ce qu'il faut observer en jugeant si un tuteur est suspect.*

XX. Gordien dit dans un rescrit qu'il faut, pendant l'instance, interdire l'administration au tuteur dénoncé, et lui en substituer un autre jusqu'au jugement à intervenir. « Le président de la province ordonnera que le tuteur ou curateur que vous dénoncez comme suspect, s'abstienne de l'administration de vos biens pendant l'instance; mais il faudra qu'on vous en donne un autre qui administre dans cet intervalle ».

Dans la discussion de cette question, « Julius Aquila a répondu qu'on pouvait interroger même les esclaves du tuteur et ceux du pupille, sur la capacité de l'un et les intérêts de l'autre ».

En effet, « l'espèce n'offre rien qui autorise le curateur à s'opposer à ce que la religion du préteur soit éclairée par l'esclave du pupille sur les fraudes pour lesquelles il est dénoncé comme suspect ».

§. VI. *De l'effet du jugement qui a déclaré un tuteur suspect, et des peines qui lui sont infligées.*

XXI. L'effet de la sentence qui destitue un tuteur, est de déterminer la cessation de ses fonctions. Et même « si le préteur ne l'a pas destitué de la tutelle par sa sentence, mais lui en a seulement prohibé la gestion, il faut dire qu'il a cessé d'être tuteur ».

De là suit que « celui qui a été destitué par décret du préteur, n'a rien à craindre des risques à venir, parce qu'il est injuste de dire qu'un tuteur ou curateur, après sa destitution, ait encore des risques à courir ».

XXII. L'effet de la sentence qui a destitué un tuteur, est aussi de le noter d'infamie; ce qui cependant n'arrive pas toujours.

Car « il est certain que si les tuteurs déclarés suspects à raison de leur dol, sont notés d'infamie, il n'en est pas ainsi de ceux qui ont été destitués pour leur négligence (1) ».

(1) Mais on doute, s'il faut en croire les commentateurs, qu'une grande négligence puisse être assimilée au dol en cette matière. Pour moi, je pense qu'on ne doit pas être noté d'infamie pour la plus grande négligence, parce

Igitur « qui ob signitiem, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione, tutela vel cura abeat ». *l.* 3. §. 18. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Hæ enim causæ faciunt ut, integra existimatione; tutela vel cura quis abeat ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. tribunal.*

« Decreto igitur debebit causa removendi significari, ut appareat de existimatione ». *d. l.* 4. §. 1.

« Quid ergo si non significaverit causam remotionis decreto suo? Papinianus ait : debuisse dici hunc integræ esse famæ, et est verum ». *d l.* 4. §. 2.

« Sed et si quis ob fraudem non removebit aliquem, sed eiadjunxerit, non erit famosus, quia non est abire tutela jussus ». *d. l.* 3. §. 18. *v. fin.*

XXIII. Aliis pœnis interdum subjacent tutores, qui aut male versantur, aut contumaciter in officio suo cessant.

Et 1°. si tutor latitet ne decernantur pupillo alimenta, mittitur pupillus in possessionem bonorum tutoris, ut vid. supra n. 17.

2°. « Sed si non latitet, sed præsens nihil posse decerni contendit, quasi inopibus; si datis pupillo advocatis in mendacio revincatur, ad præfectum urbis remittendus (1) est. Neque enim interest, id agere quemquam; ut corrupta fide inquisitionis tutor constituatur; an bona fide constitutum velut prædonem bonis alienis incumbere. Hic ergo non quasi suspectus removebitur, sed remittetur, puniendus ea pœna qua solent adfici qui tutelam, corruptis ministeriis prætoris, redemerunt ». *d. l.* 3. §. 15.

3°. « Tutores qui repertorium (2) non fecerunt, vel pecuniam neque ad prædiorium emptionem conferre, neque (pecuniam) deponere pervicaciter perstaut; quoad emptionis occasio inveniatur, vinculis jubentur contineri, et insuper pro suspectis habentur; sed sciendum est non omnes hac severitate debere tractari, sed utique humiliores : cæterum, eos qui sunt in aliqua dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere ». *d. l.* 3. §. 16.

De eo etiam casu ita Paulus : « Ob fœnus pupillaris pecuniæ per contumaciam non exercitum, aut fundorum omissam compa-

---

suis diligens esse soleat, potest videri dolo persimilis ejus in rebus pupilli crassa negligentia.

(1) Prætor non habebat merum imperium ut animadvertere posset : ideoque remittebat ad præfectum urbis (ut videb supra, *lib.* 1. *tit.* 12. *de offic. præf. urb.*), ad quem pertinebat animadvertere in facinorosos homines.

(2) Id est, inventarium.

Ainsi « le tuteur qui a été destitué pour sa lenteur, son ignorance, sa paresse, sa simplicité ou son ineptie, cesse d'administrer, sans perdre sa réputation ».

« Car toutes ces causes font au contraire que sa destitution ne peut pas porter atteinte à son honneur ».

« Le décret de destitution doit donc en énoncer la cause, pour qu'il apparaisse que le tuteur ou curateur destitué est ou n'est pas infâme ».

« Que faut-il donc dire si la cause de la destitution n'y est pas énoncée ? Il faut dire, suivant Papinien, que le tuteur destitué conserve une réputation intacte ; ce qui, en effet, est vrai ».

« Et même si un tuteur n'a pas été destitué pour fraude, et qu'on lui ait seulement adjoint un curateur, il n'aura pas encouru l'infamie, parce qu'il n'aura pas été exclus de la tutelle ».

XXIII. Les tuteurs qui ont malversé ou négligé de remplir leurs devoirs, sont encore soumis à d'autres peines.

1°. Si un tuteur se cache pour se soustraire à l'obligation de fournir des alimens à son pupille, celui-ci est envoyé en possession de ses biens, comme on l'a vu n. 17.

2°. « S'il ne se cache pas, mais prétend ne pas devoir d'alimens, parce que ses pupilles sont pauvres, et qu'il soit convaincu d'imposture, il faut le renvoyer au préfet de la ville (1), parce qu'il est indifférent de tromper dans les informations pour se faire nommer tuteur, ou de se faire nommer sans tromper, si d'ailleurs l'on dilapide les biens du pupille. Ce tuteur donc qui se sera rendu coupable de déprédation ne sera point destitué comme suspect, mais renvoyé pour subir la peine de ceux qui se sont fait donner pour tuteurs, en corrompant les agens du préteur ».

3°. Les tuteurs qui n'ont pas fait d'inventaire (2), et ceux qui n'ont point placé les deniers du pupille en immeubles, ou ne les ont point déposés en attendant l'occasion de les placer, sont condamnés à la peine des fers, et de plus destitués comme suspects. Il faut néanmoins savoir qu'ils ne doivent pas tous être traités avec la même sévérité, mais seulement les tuteurs d'une basse extraction ; car je ne pense pas que ceux qui sont constitués en dignité doivent être condamnés aux fers pour cette omission ».

Paul dit aussi sur ce cas : « Si un tuteur n'a pas placé les deniers de son pupille, ou n'en a pas acheté des fonds de terre, et

---

qu'elle procède toujours d'une paresse naturelle ; mais que celui qui apporte un grand soin dans ses affaires, est suspect de dol à raison d'une grande négligence dans celles de son pupille.

(1) Le preteur n'avait pas la juridiction souveraine et ne pouvait pas punir ; c'est pourquoi il renvoyait au préfet de la ville à qui il était réservé de punir les criminels, comme on l'a vu ci-dessus *liv.* 1, au titre qui traite *de la nature des fonctions du préfet de la ville.*

(2) C'est-à-dire, un inventaire.

rationem, tutor (si non ad damnum resarciendum idoneus est); extra ordinem coercebitur ». *l.* 49. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 2. *sent.*

4°. Item « si quis de plebeiis, ob facta atrociora in tutela admissa, fuerit apud prætorem accusatus, remittitur ad præfectum urbis graviter puniendus ». *l.* 1. §. 8. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

V. G. « In eos extra ordinem animadvertitur, qui probantur nummis datis tutelam occupasse, vel pretio accepto operam dedisse ut non idoneus tutor daretur, vel consulto in edendo patrimonio quantitatem minuisse, vel evidenti fraude pupillorum bona alienasse ». *l.* 9. *ff.* 26. 1. *de tut.* Marc. *lib.* 3. *inst.*

5°. « Libertus quoque, si fraudulenter gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad præfectum urbis remittetur puniendus ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. tribun.*

§. VII. *Quando extinguatur cognitio suspecti?*

XXIV. « Post finitam tutelam, cognitio suspecti tutoris, quamvis pridem recepta, solvitur ». *l.* 11. Papin. *lib.* 5. *resp.*

Quibus autem modis tutela finiatur, vidimus supra, *lib.* 26. *tit.* 1. *de tutelis*, §. 3.

LIBER VIGESIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

De excusationibus tutorum, et temporibus earum.

Ab his qui ab administratione tutelæ removentur, proclivis erat transitus ad eos qui ab hujus administratione excusantur. Quapropter titulum de suspectis tutoribus, recte sequitur hic titulus *de excusationibus* tutorum, quæ et curatoribus per omnia fere sunt communes.

I. De hac materia amplissime tractavit Modestinus in libro græce scripto, quem ita orditur :

Ερεννιος, etc. (id est), Herennius-Modestinus Ignatio Dextro salutem. Conscribens librum (ut mihi videtur) utilissimum, quem *excusationem* tutelæ et curatoriæ vocavi, hunc tibi misi ».

« Faciam autem (quoad possibile erit) de his doctrinam manifestam; enarrans legalia Græcorum voce, etsi (1) cognovero inepta ea ad transferendum esse ».

(1) Id est, si quidem cognovi.

n'est pas d'une solvabilité qui assure l'indemnité du pupille, il faudra l'y forcer par la voie extraordinaire ».

4°. « Si un tuteur de la classe du peuple est accusé devant le préteur de malversation criminelle dans sa gestion, on le renvoie au préfet de la ville, pour être puni suivant l'exigence des cas ».

Par exemple, « il blâme extraordinairement ceux qui sont convaincus d'avoir donné de l'argent pour obtenir la tutelle, ou d'en avoir reçu pour faire nommer un tuteur insolvable; ceux qui ont sciemment diminué la quantité des biens du pupille dans les déclarations qu'ils en ont faites, et ceux qui en ont fait une aliénation évidemment frauduleuse.

5°. On renvoie pareillement au préfet de la ville pour être puni, l'affranchi qui a géré frauduleusement la tutelle des enfans de son patron ».

§. VII. *Quand on cesse de pouvoir poursuivre un tuteur comme suspect.*

XXIV. « Quand la tutelle est finie, on ne peut plus poursuivre la dénonciation d'un tuteur comme suspect, quand même elle aurait été faite auparavant ».

Nous avons vu de quelle manière finit la tutelle ci-dessus, au titre *des tutelles*.

LIVRE VINGT-SEPTIÈME.

TITRE I.

Des dispenses de la tutelle et de la curatelle, et des tems pour lesquels elles ont lieu.

Il était naturel de passer de ceux qui sont exclus de l'administration de la tutelle, à ceux qui en sont dispensés. C'est pourquoi après avoir traité des tuteurs suspects, dans le titre précédent, on a traité dans celui-ci de ceux qui sont dispensés de la tutelle, et des raisons de les en dispenser, raisons qui leur sont presque en tout communes avec les tuteurs.

I. Modestinus a très-amplement traité cette matière dans un livre écrit en grec, qui commence ainsi :

« Herennius-Modestinus à Ignatius-Dextrus, salut : Ayant composé un livre, à ce qu'il me semble, fort utile, intitulé : *Dispenses de la tutelle et de la curatelle*, je vous l'ai envoyé ».

« J'établirai aussi clairement qu'il est possible les principes de cette matière, en les exprimant dans la langue des Grecs autant qu'ils m'en ont paru susceptibles (1) ».

(1) Autant que je l'ai pu.

« Apponam dicendorum narrationi etiam ipsa legum verba (1), si necesse erit : ut dicendorum simul et legendorum usum habentes, integritatem indigentibus (2) et utilitatem præbeamus ». *l.* 1. *pp. et.* §. 1. *et* 2. Mod. *lib.* 1. *excus.*

Circa hanc autem materiam hæc potissimum quærenda sunt : 1°. quæ justæ sint causæ excusandi a tutela aut cura, vel in perpetuum, vel ad tempus; 2°. qui possint has excusationis causas proponere, intra quod tempus proponi debeant, et quæ alia intervenire oporteat ut pariant tutelæ remissionem ; 3°. quid excusando se consequatur, aut amittat tutor; quartam sectionem subjungemus de ratione declinandæ tutelæ, nominando potiores se.

SECTIO I.

Quænam causæ in perpetuum excusent, quænam ad tempus ?

Aliæ causæ in perpetuum, aliæ ad tempus duntaxat a tutela vel cura excusant; aliæ a suscipienda, aliæ etiam a suscepta : sunt quæ excusant tantum a certa parte administrationis.

CAPUT PRIMUM.

De causis quæ in perpetuum excusant.

Causæ quæ in perpetuum excusant, ex quatuor potissimum capitibus proficiscuntur : 1°. ex inæqualitate conditionis ; 2°. ex inimicitiis aut litibus ; 3°. ex eo quod quis plus æquo gravaretur ; 4°. ex privilegio. Omnes hæ tutoribus et curatoribus communes sunt.

Quintus articulus erit de speciebus excusationis quæ propriæ sunt curæ adultorum; sextus de quibusdam causis quæ excusationem non tribuunt.

---

(1) Latina scilicet : neque solum verba constitutionum Imperatoriarum quæ ad hanc materiam pertinent, sed etiam nonnullos Pauli et Ulpiani textus quos in Modestini textu insertos videbimus in hujus tituli decursu.

(2) Melius Anton. Augustinus : *ut his qui dicendi et legendi* (latine) *usum habent, hæc desiderantibus, perfectum auxilium præstare possimus.*

« Je rapporterai les termes propres des lois (1), quand je le jugerai nécessaire, pour la commodité de ceux qui lisent et parlent la langue latine (2) ».

Il faut principalement examiner sur cette matière; 1°. quelles sont les justes dispenses de la tutelle ou de la curatelle, pour toujours ou pour un tems; quels sont ceux qui peuvent user de ces dispenses, dans quel tems ils doivent les proposer, et quelles choses doivent intervenir pour qu'elles produisent leur effet; 3°. ce que gagne ou perd le tuteur en se faisant dispenser de la tutelle. Nous ajouterons une quatrième section sur le moyen d'éviter la tutelle, en nommant des personnes qui doivent y être appelées les premières.

SECTION I.

Quelles sont les causes qui dispensent de la tutelle pour toujours, et celles qui en dispensent pour un tems?

Il y a des causes qui dispensent pour toujours de la tutelle ou de la curatelle, et d'autres qui n'en dispensent que pour un tems; il y en a qui dispensent de s'en charger, et d'autres qui dispensent de celle dont on est déjà chargé; il y en a enfin qui ne dispensent que d'une partie de l'administration.

CHAPITRE PREMIER.

Des causes qui dispensent pour toujours de la tutelle ou de la curatelle.

Les causes qui dispensent pour toujours de la tutelle ou de la curatelle, procèdent principalement de quatre sources; 1°. de l'inégalité des conditions; 2°. des inimitiés ou des procès qui existent ou surviennent entre les parties; 3°. des circonstances qui aggraveraient trop le poids de la tutelle; 4°. des priviléges particuliers. Particularités qui sont communes aux tuteurs et aux curateurs.

Nous traiterons dans un cinquième article des dispenses qui sont propres à la curatelle des adultes, et dans un sixième, de certaines causes qui ne produisent point de dispenses.

---

(1) Les termes latins, et non-seulement ceux des constitutions impériales sur cette matirère, mais encore plusieurs textes de Paul et d'Ulpien, insérés dans celui de Modestinus, comme nous le verrons dans le cours de ce titre.

(2) Il vaut mieux lire avec Antoine Augustin : *ut his qui dicendi, etc.*

ARTICULUS I.

De primo excusationis capite, scilicet inæqualitate conditionis; et an etiam excusent inæqualitas dignitatis, aut disparitas religionis.

§. I. *De inæqualitate conditionis.*

II. Hoc excusationis caput primo loco recenset Modestinus.

Δεκτεον, etc. (id est), « dicendum igitur primum est, quos creari non oporteat ». *d. l.* 1. §. 3.

Απελευθερικοις, etc. (id est), « libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores, præsides non dabunt; nisi omnimodo libertinorum penuria secundum locum illum sit : libertinis enim libertinos solos oportere dari, qui ex eodem loco sint, oratio D. Marci jubet. Si autem dabitur, Divus Severus impuberum curam habens, obligatum eum esse tutelæ nisi juste rationes (1) reddiderit, rescripsit ». *d. l.* 1. §. 4.

Suffragatur Hermogenianus : « Libertino tutores liberti dandi sunt : sed et (2) si ingenuus detur, nec se excusaverit, tutor perseverabit ». *l.* 27. §. 1. *ff.* 26. 5. *de tutor. et curat. dat. lib.* 2. *juris. epit.*

III. « Quum, ex oratione Divi Marci, ingenuus libertino tutor datus excusari debeat, eamdem excusationem competere etiam ei, qui jus annulorum (3) impetrasset, imperator noster cum Divo Severo patre suo rescripsit ». *l.* 44. Tryph. *lib.* 2. *disp.*

« Ergo, si pupillo libertino habenti jus annulorum datus sit ingenuus tutor, vel curator, consequens est ut excusatio ejus ob hanc conditionum diversitatem non debeat accipi ». *d. l.* 44. §. 1.

« At si antequam pupillus, vel pubes minor annis viginti quinque jus annulorum acciperet, Lucius-Titius ei datus, ut ingenuus excusatus fuit : post impetratum beneficium, denuo eidem tutor, curatorve dari potest : exemplo eo quo placuit et rescriptum est, eum qui tempore quod intra annum erat, ex quo reipublicæ causa abesse desierat (4), excusatus fuit, præterito eo, ipsum suo loco dari posse ». *d. l.* 44. §. 2.

---

(1) Id est, nisi causas excusationis suæ proposuerit judici.

(2) *Sed et si*, pro *si tamen*.

(3) Nam libertinus qui jus aureorum annulorum impetravit a principe, habetur pro ingenuo.

(4) Vid. infra, *cap.* 2. hujus sectionis.

ARTICLE I.

Du premier motif de dispense, c'est-à-dire, de l'inégalité des conditions, et si la différence de dignité ou de religion produit cette dispense.

§. I. *De l'inégalité des conditions.*

II. Modestinus met ce motif de dispense à la tête de tous les autres.

« Il faut premièrement dire quels sont ceux qu'il ne faut pas donner pour tuteurs et curateurs ».

Et « les présidens ne donneront pas pour tuteurs ou curateurs aux pupilles d'affranchis, des hommes nés libres, à moins qu'ils ne puissent trouver des affranchis dans le lieu; car le discours de Marc-Aurèle dit qu'il faut donner aux pupilles d'affranchis, pour tuteurs ou curateurs, des affranchis du même lieu; mais l'empereur Sévère décide dans un rescrit, relativement à la tutelle des impubères, que celui à qui elle est conférée doit l'accepter, à moins qu'il n'apporte de justes raisons de s'en dispenser (1) ».

Ce qui est encore confirmé par Hermogénien. « Il faut, dit-il, donner des affranchis pour tuteurs aux pupilles d'un affranchi; mais (2) si on lui a donné pour tuteur un ingénu, cet ingénu devra gérer la tutelle, à moins qu'il ne s'en fasse dispenser ».

III. « Comme, d'après le discours de Marc-Aurèle, l'ingénu donné pour tuteur à un affranchi, doit être dispensé de la tutelle, la même raison doit en faire dispenser ceux qui ont obtenu le droit des anneaux d'or (3), suivant un rescrit de notre empereur et de Sévère son auguste père ».

« D'où suit que si on a donné un ingénu pour tuteur ou curateur à un affranchi qui avait le droit des anneaux d'or, cet ingénu ne pourra pas se faire dispenser de la tutelle ou curatelle, sous le prétexte de l'inégalité des conditions ».

« Mais si Lucius-Titius, donné pour tuteur à un affranchi pupille ou pubère âgé de moins de vingt-cinq ans, avant qu'il eût reçu le droit des anneaux d'or, a été dispensé de la tutelle comme ingénu, il pourra lui être donné de nouveau pour tuteur ou curateur quand il aura obtenu cette grâce, parce qu'il a été décidé par un rescrit que celui qui avait été dispensé d'une tutelle dans l'année d'après son absence pour le service de la république (4); pouvait être donné de nouveau après l'expiration de cette année ».

---

(1) A moins qu'il n'ait proposé aux juges les motifs de dispense.

(2) *Sed et si*, pour *si tamen*.

(3) Parce que le fils d'affranchi qui a obtenu le droit des anneaux d'or, est réputé ingénu.

(4) Voyez ci-après le chapitre 2 de cette section.

§. II. *De inæqualitate dignitatis et disparitate religionis.*

IV. Regulariter inæqualitas dignitatis non tribuit excusationem. Et a sola plebeiorum tutela senatores speciali privilegio excusantur. Ita enim Modestinus :

Ειδεναι, (id est) « scire oportet nulli dignitatem tribuere excusationem : unde si quis senator fuerit, hic tutor erit et eorum qui inferioris ordinis sunt (quam (1)) senatorum : quemadmodum rescripsit divus Marcus et Commodus ». *l.* 15. §. 2. Modest. *lib.* 6. *excusat.*

Ομοιως δε, etc. (id est), « similiter autem et qui inferioris ordinis est, non excusabitur a tutela vel cura majorum ». *d. l.* 15. §. 4.

Ειδετις, etc. (id est) « si quis tutor vel curator fuerit non senatoris, vel aliter non in dignitate positi, deinde postea fiat senator, continuo absolvetur a sollicitudine (2). Si autem liberi quorum tutelam aut curam administrat, erant senatoris, non absolvetur a tutela aut cura ». *d. l.* 15. §. 3.

V. Disparitas sectæ a tutela non excusat.

Ηδη δε και, etc. (id est) « jam autem et Judæi non Judæorum (3) tutores erunt, sicut et reliqua administrabunt : constitutiones enim in his solis sine molestia eos esse jubent, per quæ cultus inquinari (4) videtur «. *d. l.* 15. §. 6.

ARTICULUS II.

De secundo excusationis capite; nimirum ex inimicitiis, aut litibus.

VI. Διδωσιν, etc. (id est) « dat remisssionem tutelæ et capitalis inimicitiæ contentio facta adversus patrem pupillorum ». *l.* 6. §. 17. Modest. *lib.* 2. *excusat.*

---

(1) Hæc vox imperite irrepsit vulgaris versionis auctori, abestque tam a textu græco, quam a versione Anton. Augustini; et omnino expungenda : nec enim senator potest cogi esse tutor aliorum quam liberorum senatoris, ut constat ex eadem *l.* §. 3. mox infra. Verum, quum plures sint senatorum ordines (olim quidem alii *patricii*, alii *conscripti*, alii *pedarii*; hodie vero, alii *illustres*, alii *spectabiles*, alii inferioris ordinis *clarissimi*), potest senator superioris ordinis dari tutor liberis senatoris inferioris ordinis. Hic est hujus paragraphi germanus sensus.

(2) Si a cœpta tutela excusatur quum fit senator, multo magis si senator factus detur tutor plebeio, ab hujus tutela nondum suscepta excusabitur.

(3) Id est, eorum qui non Judæi sunt.

(4) V. G. non poterunt cogi ut obeant illa munera quæ ad cultum deorum gentilium pertinerent.

§. II. *De la différence de dignité ou de religion.*

IV. En règle générale, la différence de dignité ne dispense pas de la tutelle; et c'est par un privilége special que les sénateurs sont dispensés de celle des plébéiens seulement; car Modestinus dit :

« Il faut savoir que personne n'est dispensé d'une tutelle à raison de sa dignité; et c'est pour cela que quand il serait sénateur, il pourrait être forcé de rester tuteur de pupilles d'une condition inférieure à la sienne (1), comme le porte un rescrit des empereurs Marc et Commode ».

Par la même raison, celui qui est d'un ordre inférieur ne peut pas se faire dispenser de la tutelle ou de la curatelle d'un pupille ou d'un majeur d'un ordre supérieur ».

« Si un individu a été fait tuteur ou curateur d'un pupille ou d'un majeur qui n'était pas de l'ordre sénatorial ou revêtu de quelque autre dignité, et qu'il devienne ensuite sénateur lui-même, il sera déchargé de la tutelle (2) ou de la curatelle; mais il en sera autrement si ceux dont il gérait les biens étaient fils d'un sénateur ».

V. La différence de secte ne dispense pas de la tutelle.

« Et les Juifs pourront être tuteurs d'enfans qui ne seraient pas Juifs (3); car les constitutions ne dispensent l'Israélite que des charges incompatibles avec son culte (4) ».

ARTICLE II.

De la seconde cause de dispense, c'est-à-dire, des inimitiés ou des procès entre les familles.

VI. « Une inimitié capitale survenue entre le tuteur donné et le père des pupilles, est une raison qui doit déterminer la destitution de ce tuteur ».

---

(1) Ce mot s'est glissé par impéritie dans la version vulgaire, et ne se trouve ni dans le texte grec, ni dans la version d'Antoine Augustin : elle doit donc être absolument effacée; car un sénateur ne peut être forcé à être tuteur que des enfans d'un sénateur, comme on va le voir par la même loi, §. 3, ci-après. Mais comme il y avait plusieurs ordres de sénateurs appelés autrefois *patricii*, *conscripti* et *pedarii*, et qu'il y en a encore de deux espèces, qu'on appelle *illustres* ou *speciabiles*, ainsi que d'autres d'un ordre inférieur, qu'on appelle *clarissimi*, un sénateur d'un ordre supérieur peut être tuteur des enfans d'un sénateur d'un ordre inférieur; et tel est le sens de ce paragraphe.

(2) S'il se fait dispenser d'une tutelle qu'il avait acceptée lorsqu'il devient sénateur, il se fera dispenser à plus forte raison de celle d'un plébéïen qui lui serait donnée après qu'il est devenu sénateur.

(3) C'est-à-dire, de ceux qui ne sont pas Juifs.

(4) Par exemple, ils ne pourront pas être forcés à accepter des charges relatives au culte des dieux du paganisme.

Excipe : « Nisi secundum testamentum apparuerit datus tutor». *d.* §. 17.

« Replicationem patitur hæc exceptio : « Nisi, postquam scriptum est testamentum, capitale certamen eis ad invicem constitit, vel nisi antiquior quidem est testamento inimicitia, propter hoc autem videtur esse datus tutor, ut supponatur debito et negotiis. Et hoc ex epistola imperatoris Severi ostenditur ». *d.* §. 17.

VII. Ετι απο λυεται, etc. (id est) « amplius autem absolvitur a tutela, quum quæstionem quis pupillo de statu movet ». *d. l.* 6. §. 18.

Scilicet « quum videatur hoc non calumnia (1) facere, sed bona fide. Et hoc divi Marcus et Severus promulgaverunt » *d.* §. 18.

VIII. Simili ratione, lis de omnibus bonis inter tutorem et pupillum excusabit tutorem a tutela.

Hinc rescribit Philippus : « Si, ut allegas, tutor his datus es, eum quibus disceptationem hereditatis tibi esse proponis, et tempora antiquitus excusationibus præstituta etiam nunc opitulantur; adire præsidem provinciæ potes; formæ super ea re statutorum principalium obtemperari, pro sua gravitate, jussurum ». *l.* 16. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

Quinetiam ex hac causa tutorem, si se non excuset, removendum docet Julianus. Ita ille : Si pupillum patruus contendat exheredatum esse, et se heredem scriptum, æquum est tutorem pupillo dari, recepta patrui excusatione : vel, si nolit excusationem petere, remoto eo a tutela, ita litem de hereditate expedire ». *l.* 20. Julian. *lib.* 20. dig.

Neque solum si ipse tutor, sed etsi necessariæ ejus personæ talem litem cum pupillo habuerint, a tutela excusabitur.

Hinc Dioclet. et Maxim. : « Humanitatis ac religionis ratio non permittit ut adversus sororem vel filios sororis, actionum necessitatem tutelæ occasione suscipias : quum et ipsius etiam pupilli, cui tutor datus es, aliud exigere videatur utilitas : scilicet, ut eum tutorem potius habeat, quid ad defensionem ejus non inhibeatur affectu. Juxta formam igitur quam consulti dedimus, prætorem adiri oportet, ut et justo tuo desiderio, et pupilli ipsius commodo consulatur ». *l.* 23. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

IX. Quod diximus de lite quæ est de omnibus bonis, noli trahere ad cæteras lites : Nam « propter litem quam quis cum pu-

(1) Non hoc consilio ut tutelæ onus declinet.

Excepté « dans le cas où il aurait été donné tuteur suivant le testament ».

Cette exception n'a pas lieu « lorsque l'inimitié capitale est survenue depuis le testament, ou si elle existait avant le testament, lorsque le tuteur est censé avoir été donné pour éteindre la dette ou les contestations qui étaient la cause de cette inimitié. C'est ce qu'on voit dans un rescrit de l'empereur Sévère ».

VII. « Le tuteur donné est encore à plus forte raison exclus de la tutelle, quand il conteste l'état du pupille ».

C'est-à-dire, lorsqu'il paraît le contester de bonne foi, et non par esprit de chicane (1), comme le disent les empereurs Marc et Sévère dans un rescrit ».

VIII. Par la même raison, on dispensera de la tutelle celui qui conteste au pupille la propriété de tous ses biens.

C'est pourquoi Philippe dit dans un rescrit : « Si, comme vous le dites, vous avez été donné pour tuteur à des pupilles avec lesquels vous étiez en procès pour la succession, et que le tems anciennement fixé pour proposer les dispenses de tutelle ne soit pas expiré, vous pouvez vous adresser au président de la province, qui ordonnera de se conformer aux réglemens des princes sur cette matière ».

Bien plus, Julien dit que dans le cas même où ce tuteur ne demanderait pas à être dispensé, il faudrait encore l'exclure de la tutelle. « Si, dit-il, l'oncle du pupille prétend qu'il a été déshérité, et que c'est lui qui est institué héritier, il est juste de le dispenser de la tutelle, et de donner un autre tuteur sur sa demande, et de l'en exclure s'il ne demande pas d'en être dispensé, avant de passer outre sur la contestation relative à la succession ».

Et il faudrait l'en dispenser, lors-même que cette contestation contre le pupille n'aurait pas été provoquée par lui personnellement, mais par ses parens.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « La raison d'humanité et de religion ne vous permettent pas de défendre comme tuteur à une action contre votre sœur ou les enfans de votre sœur. Comme d'ailleurs les intérêts de celui à qui vous avez été donné pour tuteur, exigent qu'il en soit autrement, c'est-à-dire, qu'il ait un tuteur qui ne soit pas obligé de combattre ses affections pour le défendre, il faut s'adresser au préteur suivant nos réglemens, pour qu'il y pourvoie conformément à votre demande et aux intérêts du pupille ».

IX. Ce que nous avons dit d'un procès relatif à tous les biens du pupille, ne s'étend pas à tous les autres procès ; car « ce-

(1) Et non pour éviter la tutelle.

pillo habet, excusare se a tutela non potest, nisi forte de omnibus bonis, aut plurima parte eorum, controversia sit ». *l.* 21. Marc. *lib.* 2. instit.

Similiter, quamvis communio litem sæpe pariat, tamen ita rescribunt Dioclet. et Maxim. : « Quod res cum uterinis fratribus tibi communes esse profitearis, ad excusationem tutelæ non est idoneum, harum divisio curatore dato fieri possit ». *l.* 21. *cod. h. tit.* 5. 62.

X. Item : « Neque a tutela, neque a cura ideo quis excusatur, quod creditor sive debitor ejus est, cui tutor sive curator datus est ».

« Sed participem (1) in munere habere debet, ut, si res exegerit, is qui alieno auxilio eget, defendatur ». *l.* 7. *cod. h. tit.* Alexander.

Si creditor ipsius pupilli non excusatur, a fortiori verum est quod rescribunt Dioclet. et Maxim. : « Inusitatam rem desideras, de tutela filiæ te dimitti postulans, quod te posse contrario tutelæ judicio matrem ejus convenire te contendis ». *l.* 19. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

Justinianus hoc jus immutavit, vetuitque ne tutor esse possit quisquis pupilli debitor, aut creditor est, excepta tamen matre : ut vid. lib. præced. tit. 1. de tutelis.

ARTICULUS III.

De tertio excusationum capite : scilicet ex eo quod quis plus æquo gravaretur.

§. I. *De onere trium tutelarum.*

XI. Ετι μην, etc. (id est) « amplius autem et qui habet tres tutelas aut tres curatorias, aut commixtim tres tutelas, et adhuc manentes (hoc est, nondum excedentibus ætatem minoribus), hi excusantur ad quartam tutelam vel curatoriam vocati : Sed tamen, etsi curator quis fuerit non impuberis, sed furiosi, seu prodigi, in numerum curarum et hæc computabitur curatoria. Quid sic se habere docet constitutio Severi et Antonini : Dixit autem hæc et nobilis Ulpianus de tribus tutelis ». *l.* 2. §. 9. Mod. *lib.* 2. *excusat.*

Εαν δυο, etc. (id est) « si duas habenti tutelas aliæ duæ simul superinductæ fuerint, quæ est ordine tertia, auxiliabitur ei ad remissionem quartæ : etsi Imperator fuerit, qui quartam injunxerit,

(1) Id est, contutorem.

lui qui a été donné pour tuteur à un pupille, ne peut pas se faire dispenser de la tutelle parce qu'il est en procès avec lui, à moins que ce procès n'ait pour objet tous les biens ou la plus grande partie des biens de ce pupille ».

Quoique la communauté engendre souvent des procès, Dioclétien et Maximien disent cependant dans un rescrit : « Ce que vous dites, que vous avez des biens communs avec vos frères utérins, n'est pas une raison suffisante pour vous dispenser de leur tutelle, puisqu'on peut vous adjoindre un curateur pour le partage de ces biens communs ».

X. Et « on ne dispense pas de la tutelle ou de la curatelle l'individu qui dit être créancier ou débiteur de celui à qui il a été donné pour tuteur ou curateur ».

« Mais il faut lui donner un adjoint (1), afin que si le cas échoit, le pupille soit défendu ».

Si le créancier d'un pupille n'est pas dispensé de sa tutelle, à plus forte raison Dioclétien et Maximien ont dû dire dans un rescrit : « Ce serait contrevenir à l'usage reçu d'acquiescer à la demande que vous faites d'être dispensé de la tutelle de votre fille, sous prétexte que vous prétendez pouvoir exercer l'action contraire de la tutelle contre sa mère ».

Justinien ayant changé ce droit, défendit que le créancier ou débiteur d'un pupille pût être son tuteur, et en excepta seulement sa mère, comme on l'a vu dans le livre précédent, sous le titre *qui traite des tutelles*.

ARTICLE III.

Du troisième motif pour dispenser de la tutelle, tiré de ce qu'elle surchargerait le tuteur.

§. I. *De la charge de trois tutelles.*

XI. « L'individu qui a déjà trois tutelles ou curatelles, ou deux tutelles et une curatelle, de mineurs ou de pupilles qui n'ont pas encore atteint l'âge fixé pour sortir de curatelle ou de tutelle, ne peut pas être appelé à une quatrième tutelle ou curatelle; et même celui qui est curateur d'un adulte fou ou prodigue, pourra compter cette curatelle au nombre des trois qui le dispensent d'une quatrième. Ainsi nous l'enseigne une constitution de Sévère et d'Antonin, dont les conditions sont conformes à ce que dit Ulpien sur les trois tutelles ».

« Si l'on a donné deux tutelles à un individu qui en avait déjà deux, la troisième le dispensera de la quatrième, et quand ce serait l'Empereur qui l'aurait appelé à la quatrième ou à la troisième,

(1) C'est-à-dire, un cotuteur.

aut tertiam; et antequam cognoscat Imperatoris mandata, promotus erit ad aliam ».

« Si autem ordo non apparuerit, sed in una die duæ creationes proponerentur in diversis chartis; non qui creatus est, sed qui creavit, eliget quam oporteat eum suscipere ». *l.* 6. Mod. *lib.* 2. *excusat.*

« Idem evenire potest, si duobus testamentis, quum haberet tres tutelas, tutor datus est. Ubi non apertarum tabularum tempus inspici debebit, si quæratur quæ prior delata sit tutela, sed aditæ (1) hereditatis, vel conditionis existentis ». *l.* 21. §. 1. Paul. *lib.* 6. quæst.

XII. Jam quæ tutelæ et curæ in numero trium computentur, videndum est.

Et 1°. « Ulpianus, libro singulari de excusationibus, ita scribit (2). Si quis inter tres tutelas, emancipati filii sui tutelam administret, an ei hæc in numerum procedit, scio dubitatum. Invenio tamen rescriptum, emancipatæ filiæ tutelam numerari inter onera oportere ». *l.* 15. §. 16. Mod. *lib.* 6. *excus.*

2°. Connumeratur et ea tutela quam quis non administrabat, si eam administrare tenebatur. Ita Paulus in specie sequenti : « Si is qui tres tutelas administrabat, duobus pupillis diversis decretis datus est, qui potuit excusari, et, priusquam causas excusationis allegaret, unus ex pupillis quorum jam tutelam administrabat, decessit : ubi desiit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, quasi in loco tertiæ quarta subroganda. Nam ipso jure tutor est, et antequam excusetur. Potuit ergo tutela ejus, qui nunc quarto (3) loco invenitur, excusari : sed quum non sit excusatus (4), necessario subeundum est onus illius quoque tutelæ. Nec me movet (5) quod dicat aliquis, hic non exigi administretur tutela. Hoc enim eo pertinet ne sit finita administratio : cæ-

(1) Aditione hereditatis confirmantur ea omnia quæ in testamento continentur. Favorabiliter tamen, et ut legatarii qui, ante aditam hereditatem decederent, possent legatum ad heredes suos transmittere, receptum erat uti dies legati prius cessisse intelligeretur; ex die mortis, jure antiquo; ex lege vero Papia, a die apertarum tabularum. Quum hæc ratio cesset circa tutelas, ab adita demum hereditate deferuntur.

(2) Hic est unus ex textibus latine a Modestino relatis, ut supra ipse monuit *n.* 1. cum nota (1).

(3) Et ante erat quinto.

(4) Nimirum, quia elapsum est tempus quo potuisset excusationem impetrare.

(5) Contra hoc quod dixit, eam tutelam quæ ex quarta facta est tertia tribuere excusationem ab illa quæ novissimo decreto delata est, præoccupat objectionem. Dicet aliquis : nonne exigitur ut tres tutelæ quæ excusationem a

il restera chargé de celle qui lui aura été notifiée avant les ordres de l'Empereur ».

« Mais si ces tutelles ne paraissent pas se succéder avec ordre, et qu'il en ait été décerné deux différentes dans le même jour, celui qui les aura déférées, et non celui à qui elles auront été décernées, décidera laquelle doit être acceptée ».

« La même chose pourra arriver si un individu est donné pour tuteur par deux testamens, lorsqu'il avait déjà deux tutelles à administrer. Dans ce cas, il faudra considérer, non le moment de l'ouverture des testamens, mais celui de l'adition d'hérédité (1) ou de l'accomplissement de la condition, pour juger laquelle des deux dernières tutelles aura été déférée la première ».

XII. Voyons maintenant quelles doivent être les trois tutelles ou curatelles.

Et 1°. « Ulpien dit, dans son traité *des excuses* (2), que l'on a douté qu'un père pût compter au nombre de trois tutelles celle de son fils émancipé, et qu'il pense cependant qu'il peut l'y comprendre ».

2°. On y compte aussi celle que le tuteur donné n'administre pas, s'il est tenu de l'administrer. Paul dit dans l'espèce suivante : « Si celui qui administrait trois tutelles a été donné pour tuteur à deux autres pupilles, en vertu de différens décrets, il pouvait être dispensé ; mais avant qu'il proposât ses motifs de dispense, un des pupilles dont il administrait la tutelle, est décédé. Au moment où sa dispense a cessé, on lui a déféré celle des deux dernières tutelles qui lui a été donnée la première, c'est-à-dire, qui se trouvait la quatrième, et qui a succédé à la troisième ; car il est de droit tuteur, avant d'en être dispensé. Il a donc pu se faire dispenser de la tutelle qui se trouve maintenant la quatrième (3) ; mais n'ayant point proposé ses dispenses à tems (4), il est nécessairement obligé d'accepter cette tutelle. On dirait inutilement (5)

(1) Tout ce qui est contenu dans le testament est confirmé par l'adition d'hérédité ; mais pour que les légataires qui décéderaient avant cette adition d'hérédité, pussent transmettre leurs legs à leurs héritiers, il a été reçu que les legs seraient exigibles du jour de la mort suivant l'ancien droit, et depuis l'ouverture du testament, suivant la loi *Papia*. Cette raison cessant par rapport aux tutelles, elles ne sont déférées que du jour de l'adition de l'hérédité.

(2) Ceci est un des textes latins rapportés par Modestinus, comme il en a averti ci-dessus, *n.* 1 et dans la note (1), page 21.

(3) Laquelle était auparavant la cinquième.

(4) Par exemple, parce que le tems où il devait avoir proposé ses dispenses, était expiré.

(5) Il prévient une objection contre ce qu'il a dit, que la tutelle qui de la quatrième était devenue la troisième, fournissait une dispense de celles qui étaient décernées par le dernier décret. On dira, dit-il, que les trois tutelles

terum, si periculum sustineat cessationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam ». *l.* 31. Paul. *lib.* 6. quæst.

Obiter nota : « Illa quoque erit differentia tutelarum de quibus diximus, si tertia (1) et quarta sit delata, licet in quartam prius detentus sit, quod hujus (id est, quartæ), ex quo jussus est administrare, illius, ex quo datus est, periculum sustinet ». *d. l.* 31. §. 2.

3°. Item connumerantur non solum tutelæ quibus quis ipse gravatus est, sed et illæ quibus gravati sunt domestici ejus, si voluntate patrisfamilias administrent.

Unde Modestinus : Εαν πατηρ, etc. (id est) « si pater in tribus fuerit muneribus aut tutelarum aut curatoriarum, filius ejus non vexabitur : et ita constitutum est a divo Severo et Antonino. Hoc autem et e contrario est, quod oportet filii tutelas remissionem patri dare; et rursus utrisque communes, id est, unam filii et duas patris ; aut e converso Tunc autem hæc ita se habent quum onus uni domui, non separatis contingit. Scribit autem et Ulpianus nobilissimus hæc eadem ». *l.* 4. §. 1. Mod. *lib.* 2. *excus.*

« Tria onera in domo una esse sufficit. Proinde, si pater alicu-
» jus, vel filius, vel frater qui est in ejusdem potestate, tria onera
» sustineat quæ ad periculum patris sui spectent, quia voluntate
» ejus administrant, omnibus excusatio a tutela competit : sed
» si non patris voluntate administrent, non prodesse, sæpe re-
» scriptum est ». *l.* 5. *lib. singul. de offic. prætor. tut.*

XIII. Vidimus quæ tutelæ et curæ computentur ad tribuendam excusationem. Videndum nunc quæ non computentur.

---

cæteris alicui tribuunt, illæ sint quas administret? Porro hanc tertiam nondum administrabat. Ad hanc objectionem repondet; satis esse quod teneretur hanc tertiam administrare, et hujus periculo esset obnoxius, ut illa inter tres tutelas quæ excusationem tribuunt, possit computari.

(1) Eadem species retinenda est, quæ mox supra : habenti tres tutelas duæ aliæ diversis decretis delatæ sunt; mox una ex tribus finita est, et sic quæ quarto loco erat, facta est tertia; quæ novissimo decreto delata est, facta est quarta. Unde ab hac quæ facta est tertia non potest jam excusari, proindeque quamvis in ea quæ facta est quarta prius detentus videatur, quia forte circa eam tutelam, decretum prius est interpositum, quo eam administrare jubebatur : tamen effectu prius tenetur ejus tutelæ nomine quæ facta est tertia. Nam ejus quæ facta est quarta quum ab ea potuerit excusari, periculum non sustinet; nisi ex quo elapso excusationis tempore jussus est administrare : illius autem quæ facta est tertia (quum ab ea excusari non potuerit, utpote quæ sit facta tertia) periculum ex quo datus est, eum tenet : aut saltem ex quo ex quarta facta est tertia ; quod mox atque delata est, contigisse supponitur.

qu'il faudrait qu'il administrât cette tutelle; car je pense que s'il ne l'administre pas, ce sera à ses risques et périls qu'il ne l'aura point administrée ».

Observez en passant que « il y aura encore cette différence entre les tuteurs dont nous venons de parler, que si la troisième (1) et la quatrième ont été déférées, encore que le tuteur ait été chargé de la quatrième avant de l'être de la troisième, il doit administrer la quatrième, et supporter les périls de la troisième ».

3°. On compte également au nombre des trois tutelles, celles dont le père de famille est chargé personnellement, et celles dont sont chargés ceux qui sont sous sa puissance, s'ils les administrent de son consentement.

C'est pourquoi Modestinus dit : « Si un père de famille est chargé de trois tutelles ou curatelles, on ne pourra pas en décerner à son fils, comme le dit une constitution de Sévère et d'Antonin; et reciproquement les tutelles dont le fils est chargé, servent à en dispenser son père : ce qui a encore lieu, soit que le fils en administre deux, et son père une, ou qu'il n'en administre qu'une et son père deux, parce que la même famille ne peut pas être chargée de plus de trois. Telle est aussi l'opinion du savant Ulpien ».

« Il suffit qu'une seule famille supporte trois charges. Or donc, » si le père ou un de ses fils étant sous sa puissance, exerce trois » tutelles aux risques et périls du père, comme les exerçant avec » son consentement, ils seront tous exempts d'autres tutelles; » mais il en sera autrement, d'après plusieurs rescrits, si les » fils n'administrent pas avec le consentement de leur père ».

XIII. Nous avons vu quelles étaient les tutelles qui au nombre de trois, dispensaient d'en accepter d'autres. Voyons maintenant quelles sont celles qui n'en dispensent pas.

---

qui dispensent d'en accepter d'autres, sont celles que le tuteur administre : or, il n'administrait pas encore la troisième : à quoi il répond qu'il suffit qu'il y fût tenu, et qu'il ne pût s'en dispenser qu'à ses périls et risques, pour que cette tutelle fût comptée au nombre des trois qui pouvaient le dispenser de la quatrième.

(1) Cette espère est la même que la précédente. On a déféré, par deux décrets différens, deux tutelles à un homme qui en avait déjà trois : une de ces trois dernières ayant fini, et la quatrième étant devenue la troisième, la cinquième est aussi devenue la quatrième. C'est pourquoi il ne peut pas être dispensé de celle qui est devenue la troisième; et par conséquent, bien qu'il fût déjà obligé d'administrer la quatrième, par exemple parce qu'il en avait été antécédemment chargé, il est cependant tenu en effet de celle qui est devenue la troisième, parce qu'il ne supporte pas les risques de la quatrième dont il a pu se faire dispenser, à moins qu'il n'ait proposé trop tard ses motifs de dispense; mais n'ayant pas pu se faire dispenser de la troisième, il en supporte les risques du jour qu'elle lui a été déférée, ou du moins du jour qu'elle est devenue la troisième; ce qu'on suppose être arrivé peu de tems après qu'elle lui avait été déférée.

Et 1°. « quidem λογιστεια, etc. (id est) « ratiocinatio civitatis neque in numerum unius tutelæ procedit ». *l.* 15. §. 7. Modest. *lib.* 6. *excus.*

2°. Hæ tutelæ non computantur quas quis nec gerit, nec gerere tenetur, quamvis periculum earum in subsidium ad ipsum pertineat.

V. G. Εαν ὁ της πολεως, etc. (id est) « si civitatis princeps, id est magistratus (1), incidente ei creatione, obnoxius fuerit periculo tutelæ (2), hanc non connumerabit aliis tutelis, quemadmodum nec fidejussores tutelæ, sed neque qui ob honorem tutores conscripti (3) sunt ». *d. l.* 15. §. 9.

Nota : « Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater a cæteris tutoribus quibus negotia gerenda mandavit, rationes accipere voluit (4) ». *l.* 26. §. 1. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Pap. *lib.* 4. respons.

3°. Item non continetur tutela ejus pupilli qui nulla bona habet. Unde Paulus : « Eum qui pupillum bonis paternis abstinuerat, detinendum in quarta tutela existimavi, quasi deposita (5) illa ». *l.* 31. §. 3. *lib.* 6. quæst

4°. Εσθ οτε, etc. (id est) « est autem quando et qui tres habet tutelas, vel curas, non habet jus remissionis ; puta, si quis affectaverit suscipere : jam autem et tutor qui modici patrimonii factus est (6), affectasse videtur ». *l.* 15. §. 15. Modestinus, *lib.* 6. *excusat.*

Hinc Severus et Antoninus : « Si tres tutelas vel curas eodem tempore *non defunctorie* susceptas administras, onere quartæ tutelæ seu curationis pupillorum, seu adolescentium non gravaberis ». *l. un cod.* 5. 69. *qui numero tutel.*

XIV. « Non tantum magnitudo patrimoniorum ineunda est (7) susceptarum trium tutelarum, quæque (8) suscipienda est ; sed etiam ætas pupillorum consideranda est ; nam si priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, ita ut tantummodo semestre tem-

(1) Duumvir.

(2) Vid. infra, *lib.* 27. *tit.* 8. *magist. conven.*

(3) Quamvis teneantur in subsidium eorum qui administrant, si cessaverint eos facere suspectos. Infra, *lib.* 27. *tit.* 3. *de tut. et ration. distrah.*

(4) Differt ille ab *honorariis* tutoribus qui duntaxat tenentur observare : nam ille in perpetuo tutelæ actu versatur, et assidue tenetur a tutoribus rationes exigere.

(5) Deposuisse onus hujus tutelæ videtur, abstinendo pupillum ab hereditate : nihil enim habet quod administret.

(6) Id est, si factus sit tutor alicujus pupilli modicum et parvi negotii patrimonium habentis.

(7) In computationis ratione.

(8) Id est, *ejusque quæ.*

Et 1°. « la recette des biens de la ville n'est pas comptée pour une tutelle ».

2°. On ne compte pas non plus pour une tutelle celle qu'on ne gère ni n'est tenu de gérer, bien qu'on soit subsidiairement tenu d'en supporter les risques.

Par exemple, « si le chef de la ville, c'est-à-dire, le magistrat (1), se trouve chargé des risques d'une tutelle (2), il ne la comptera pas au nombre de celles qui devraient l'en exempter. Il en est de même de ceux qui se sont portés caution d'une tutelle, et garans de tuteurs honoraires (3) ».

Remarque. « On ne regarde pas comme un tuteur honoraire celui que le testateur a chargé de recevoir les comptes de ceux qui auraient administré les affaires des enfans (4) ».

3°. N'est pas non plus comptée la tutelle d'un pupille qui n'a aucun bien. C'est pourquoi Paul dit : « J'ai décidé que celui qui avait fait renoncer son pupille à la succession paternelle, devait accepter une quatrième tutelle, comme n'ayant plus à gérer celle de ce pupille (5) ».

4°. « Il y a encore un cas où celui qui a trois tutelles ou curatelles n'est pas dispensé d'une quatrième : tel est celui où un curateur a recherché une tutelle imaginaire, par exemple, celle d'un pupille sans fortune et sans affaires (6) ».

C'est pourquoi Sévère et Antonin disent : « Si vous administrez trois tutelles ou curatelles qui vous aient été déférées en même tems et sérieusement, vous ne pourrez être chargé d'une quatrième tutelle ou curatelle ».

XIV. « Il ne faut pas seulement considérer l'étendue des fortunes à administrer dans ces trois tutelles (7) ou dans la quatrième (8); il faut aussi avoir égard à l'âge des pupilles; car si ceux de la plus ancienne ou de la dernière sont près d'atteindre

(1) Le duumvir.

(2) Voyez ci-après le titre qui traite *du recours des pupilles contre les magistrats.*

(3) Quoiqu'ils soient tenus subsidiairement pour ceux qui administrent, s'ils ont négligé de les dénoncer comme suspects.

(4) Il diffère des tuteurs honoraires qui ne sont tenus que d'observer; car il doit surveiller continuellement, et demander souvent compte aux tuteurs.

(5) Il est censé s'être déchargé de la tutelle en faisant renoncer son pupille à la succession, puisque dès-lors il n'avait plus rien à administrer.

(6) C'est-à-dire, s'il a été fait tuteur d'un pupille qui avait une modique fortune dont l'administration devait coûter peu de peine.

(7) Dans le compte des trois tutelles.

(8) C'est-à-dire, *ejusque quæ.*

pus reliquum fuerit (aut eorum quorum suscipere tutelam cogitur), non dabitur excusatio. Idque principalibus constitutionibus cavetur ». *l.* 17. Callist. *lib.* 4. *de cognit.*

Multo magis « finito officio pubertate pupillorum, vel ætate adolescentium, aliæ substitui possunt : licet nondum ratio tutelæ seu curæ administratæ reddita sit ». *l. un* §. 1. *cod.* 5. 69. *qui numero tutel.*

XV. Circa tutelas quæ computandæ sunt nec ne, una quæstio superest.

Εφαμεν, etc. (id est) « diximus tres habentes tutelas, ad quartam non vocari : quæsitum est igitur, si quis duas habens tutelas, deinde ad tutelam tertiam vocatus, appellaverit, et adhuc pendente judicio appellationis, ad quartam tutelam promoveatur : utrum a quarta se excusans mentionem faciet et tertiæ, an omnino dimittat illam? Et a divo Severo et Antonino constitutum invenio, non oportere ad quartam promoveri a tertia appellantem; sed pendente tertiæ creationis excusatione, illius finem expectare, terminum futurum quartæ creationis. Recta ratione : si enim ordine præpostero quartam suscipiat quis, eveniet ut post tertiam extantem, injusta tertiæ appellatione a parente, a quatuor oneribus gravetur extra leges ». *l.* 4. Mod. *lib.* 2. *excusat.*

XVI. Jam observandum est quod tres tutelæ non æstimentur ex numero pupillorum, nisi separata patrimonia habeant.

Unde Ulpianus : « Tria onera tutelarum dant excusationem : tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimoniorum separatio. Et ideo, qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium haberent, vel quibusdam tutor, quibusdam curator, unam tutelam suscepisse creditur ». *l.* 3. *lib. sing. de off. præt. tutel.*

« Neque igitur fratres consortes, plurium loco habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent, et ratio administrationis pariter reddenda sit. Et ex diverso, fratrum diviso patrimonio, duæ tutelæ sunt. *Non enim* (ut dixi) numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est ». *l.* 31. §. 4. Paul. *lib.* 6. *quæst.*

Observandum etiam quod, si unus pupillus in diversis provinciis bona habet, non ideo plures tutelæ æstimabuntur.

Hinc Papinianus : « Quum oriendus ex provincia, Romæ domicilium haberet, ejusdem curator decreto præsidis ac prætoris constitutus : rerum administrationem utrobique suscepit. Placuit eum duas curationes administrare non videri, quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur ». *d. l.* 30. §. 1. *lib.* 5. *respons.*

leur âge de puberté, par exemple, s'il n'ont plus que six mois à attendre, elles ne produiront point dispense pour cette quatrième. Ainsi l'ont décidé plusieurs constitutions des princes ».

A plus forte raison « on peut décerner une quatrième tutelle ou curatelle lorsqu'une des trois premières est finie par la majorité des pupilles, lors même que le tuteur n'aurait pas encore rendu ses comptes ».

XV. Il s'élève une question à l'égard des tutelles qui font ou ne font pas partie des trois qui produisent dispense.

« Nous avons dit que ceux qui avaient trois tutelles ne pouvaient pas être appelés à une quatrième : ce qui a donné lieu à la question de savoir si un individu ayant déjà deux tutelles, et étant appelé à une troisième, a voulu s'en faire dispenser, peut, avant le jugement, opposer celle qu'il refuse pour ne pas être chargé de la quatrième, et s'il en est dispensé de droit. Mais les empereurs Sévère et Antonin disent dans une constitution, qu'on ne doit pas appeler à une quatrième tutelle celui qui se défend d'en accepter une troisième, et que pour cela il faut attendre le jugement de la contestation; ce qui est très-juste : car si on le charge de la quatrième, il arrivera que, venant à succomber sur l'appel relatif à la troisième, il sera réellement chargé de quatre tutelles; ce qui est contre les lois ».

XVI. Il faut encore observer que pour estimer le nombre des tutelles, on ne compte pas celui des pupilles, à moins qu'ils n'aient des biens séparés.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Trois tutelles donnent dispense d'une quatrième; mais par trois tutelles on n'entend pas trois pupilles, mais trois espèces de pupilles qui aient des biens séparés. C'est pourquoi l'individu qui est le tuteur ou curateur de trois frères dont la fortune n'est point encore partagée, est censé n'être chargé que d'une tutelle ».

« Trois frères ou autres, communs en biens, ne sont donc comptés que pour un, comme ayant le même patrimoine, et ne devant se faire rendre qu'un seul compte de tutelle. Au contraire, deux frères dont les biens sont séparés, forment deux tutelles différentes, parce que, comme je l'ai dit, on ne considère pas le nombre des pupilles, mais celui des comptes à leur rendre ».

Il faut observer pareillement que quand un pupille aurait des biens dans diverses provinces, sa tutelle ne pourrait pas pour cela être comptée pour deux.

C'est pourquoi Papinien dit : « Un individu ayant été établi par décret du préteur et du président, curateur d'un mineur qui, né en province, avait son domicile à Rome, avait accepté l'administration des biens de ce pupille; il a été décidé qu'il n'était pas censé administrer deux curatelles, parce qu'il n'était pas censé administrer deux patrimoines ».

Interdum tamen locum habet id quod ait Paulus : « Cæterum putarem recte facturum prætorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit; si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat ». *sup. d. l.* 31. §. 4.

§. II. *De exilio et loginquitate domicilii.*

XVII. « Plane si in exilium datus (1) sit tutor, potest se excusare, si in perpetuum datus est ». *l.* 29. Marc. instit.

At vero « tutorem ad tempus exulare jussum, excusare non oportet ; sed per tempus exilii, curator in locum ipsius debet dari». *l.* 28. §. 2. Pap. *lib.* 5. resp.

XVIII. « Sed et hoc genus excusationis est, si quis se dicit ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est : idque imperator Antoninus cum divo patre significavit ». *l.* 46. §. 2. Paul. *lib. sing. de cognit.*

Hinc Modestinus : και οι, etc. (id est) « et qui in testamento dati sunt tutores, renuent secundum leges, administrationem earum, quæ in alia provincia sunt, possessionem : quod ostendit subjecta divi Severi constitutio ».

« *Divi Severus et Antoninus* « Augusto Valerio. Testamento « tutor datus, ante præfinitum diem adire debuisti, et postulare ut » ab administratione rerum quæ in alia provincia erant, liberare- » ris ». *l.* 10. §. 4. *lib.* 3. *excusat.*

Hæc autem causa etiam a jam suscepta tutela excusa, si ex necessitate supervenerit.

Hinc idem Modestinus : εισινκαι αλλοι, etc. (id est) « sunt et alii qui, etsi jam sint tutores, vel curatores, continuo tamen de reliquo absolvuntur a sollicitudine : puta, qui domicilium alio transtulerunt ex rescripto Imperatoris, scientis quidem tutorem esse eum, transmigrare autem expressim ei concedentis, et horum alterutrum litteris significantis ». *l.* 12. §. 1. *ibid.*

§. III. *De rusticitate, senectute, valetudine, et paupertate.*

XIX. Περι των αγροι κων, etc. (id est) « de rusticis autem et humilibus, et illiteratis, scribit Paulus ita : mediocritas et rusticitas interdum excusationem præbent ».

« Secundum autem epistolas divorum Hadriani et Antonini : « Ejus qui se neget litteras scire, excusatio accipi non debet (2), « si modo non sit expers negotiorum ». *l.* 6. §. 19. Mod. *lib.* 2. *excusat.*

---

(1) Id est, relegatus.

(2) Nec obstat quod dicitur in *instit. lib.* 1. *tit.* 25. *de excus. tut.* §. 3.

Quelquefois cependant il y a lieu à ce que dit Paul. « Je pense-rais que le préteur devrait regarder comme une double tutelle celle dont les biens et les affaires seraient si dispersés, qu'elle équivaudrait à plusieurs ».

§. II. *De l'exil et de l'éloignement du domicile.*

XVII. « Certainement si un tuteur a été envoyé en exil (1) à perpétuité, il pourra se faire dispenser d'une tutelle qu'il gérait ou qu'on lui déférait ».

Mais « on ne doit pas dispenser un tuteur sous prétexte qu'il est exilé pour quelque tems, et il faut seulement établir un curateur pour le tems de son exil ».

XVIII. « Celui à qui on défère une tutelle peut aussi s'en dispenser, en disant qu'il n'a pas son domicile dans le pays où sont situés les biens de cette tutelle. Ainsi l'ont décidé l'empereur Antonin et son père ».

C'est pourquoi Modestinus dit : « Ceux qui ont été donnés pour tuteurs par testament, se feront dispenser selon les lois, de l'administration des biens situés dans une autre province que la leur, comme le porte la constitution qui suit, d'Antonin et de son père ».

« Sévère et Antonin à Valérius. Ayant été donné pour tuteur » par testament, vous avez dû vous adresser dans le délai fixé au » président de la province, et lui demander de vous dispenser de » l'administration des biens qui n'étaient pas situés dans votre » province ».

Cette cause de dispense est également applicable à une tutelle déjà acceptée, lorsqu'elle est survenue depuis l'acceptation et sans avoir été recherchée ».

C'est pourquoi le même Modestinus dit : « Il y en a d'autres qui, bien qu'ils soient déjà tuteurs ou curateurs, sont dispensés de continuer leur gestion; tels sont ceux qui ont été autorisés par rescrit de l'Empereur à transférer leur domicile, pourvu que l'Empereur ait su qu'ils étaient tuteurs, et que son rescrit énonce qu'il leur a permis malgré cela de changer de domicile ».

§. III. *De l'ignorance, de la vieillesse, de la maladie et de la pauvreté.*

XIX. « Paul dit, par rapport aux personnes ignorantes, pauvres et non lettrées, que leur pauvreté et leur ignorance les dispense quelquefois de la tutelle ».

« Mais suivant des rescrits des empereurs Adrien et Antonin, « on ne doit pas dispenser de la tutelle celui qui se dit non lettré (2), lorsqu'il n'est pas pour cela incapable d'en gérer les affaires ».

---

(1) C'est-à-dire, relégué.

(2) Nonobstant ce qui est dit dans les *institutes*, au titre qui traite *des*

XX. Item αφιενται, etc. (id est) « excusantur a tutela et curatoria, qui septuaginta annos compleverunt ».

« Excessisse autem oportet septuaginta annos tempore illo quo creantur, aut quo hereditatem adiit quis, aut quo conditio quæ testamento inscripta est; completa est; non intra tempora excusationis ». *l.* 2. Modest. *lib.* 2. *excusat.*

Η δε ηλικια, etc. (id est) « ætas autem probatur, aut ex nativitatis scriptura, aut aliis demonstrationibus legitimis ». *d. l.* 2. §. 1.

De excusatione quam ætas indulget, pariter ita rescribunt Severus et Antoninus : « Pater tuus, si major est annis septuaginta, ad tutelam seu curam evocatus, excusare se solenniter potest ». *l. un cod.* 5. 68. *qui ætat. se excus.*

XXI. « Luminibus captus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut perpetua valetudine tentus; tutelæ seu curæ excusationem habet ». *l. un cod.* 5. 67. *qui morbo.* Philipp.

Et quidem et « post susceptam tutelam cæcus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut valetudinarius, deponere tutelam potest ». *l.* 40. Paul. *lib.* 2. sent.

« Adversa quoque valetudo (1) excusat, sed ea quæ impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit, ut Imperator noster cum patre rescripsit ». *l.* 10. §. *fin.* Modest. *lib.* 3. *excusat.*

« Et non tantum ne incipiant, sed et a cœpta excusari debent ». *l.* 11. Paul. *lib. sing. de excus. tutor.*

Non omne autem vitium corporis excusat.

Recte V. G. σπαδοντα, etc. (id est) « spadonem quoque creabunt tutorem, nullam enim habet excusationem, ut constitutio ostendit imperatorum Severi et Antonini ». *l.* 15. Modest. *lib.* 6. *excusat.*

Ita enim illi rescribunt : « Falsa suasione credis te propterea quod spado sis, immunitatem a tutelis habere ». *l.* 1. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

Simili ratione, rescribit Alexander : « Frater tuus non ideo a

---

« Eos *qui* litteras nesciunt esse excusandos D. Pius rescripsit : *quamvis et imperiti litterarum possint ad negotiorum administrationem sufficere* ». Nam ex hac particula *quamvis*, quæ emendativa est, apparet hic agi de imperitia litterarum, quæ (ut sæpe fit) conjuncta et imperitiæ negotiorum : secus autem obtinere circa eos qui, licet litterarum rudes, non sunt tamen expertes negotiorum, et eorum administrationi sufficere possunt.

(1) Hoc intellige de morbo perpetuo. Morbus temporaneus excusat quidem, sed ad tempus duntaxat : ut videb. capit. 2. hujus sectionis.

XX. « On exempte de la tutelle et de la curatelle ceux qui ont soixante-dix ans accomplis ».

« Mais il faut qu'ils aient atteint cet âge au moment où la tutelle leur est déférée, ou lorsque la succession est acceptée, ou enfin à l'époque de l'accomplissement de la condition imposée par le testament. Il ne suffit pas qu'ils l'atteignent pendant qu'ils contestent sur leur dispense ».

« Il faut aussi qu'ils prouvent cet âge par des actes qui constatent leur naissance, ou de quelque autre manière légale ».

Sévère et Antonin disent dans un rescrit sur la dispense de tutelle, qui est tirée de l'âge : « Votre père peut se faire dispenser de la tutelle ou de la curatelle qui lui sont déférées, s'il a plus de soixante-dix ans ».

XXI. « Celui qui est aveugle, sourd, muet, fou ou valétudinaire, est exempt de tutelle et de curatelle ».

Et même « l'individu qui est déjà chargé d'une tutelle ou d'une curatelle, peut s'en faire décharger, s'il est devenu aveugle, sourd, muet, fou ou valétudinaire ».

« Une mauvaise santé (1) peut également en dispenser celui qu'elle empêche de faire ses propres affaires, comme l'on dit dans un rescrit notre Empereur et son père ».

« Tous ces motifs, non-seulement empêchent qu'on ne donne une tutelle, mais en font décharger celui à qui on l'avait décernée ».

Mais tous les vices de constitution corporelle n'empêchent pas de donner une tutelle ou une curatelle.

Par exemple, « on peut donner une tutelle à un homme impuissant, parce qu'il n'en est aucunement dispensé, comme le dit une constitution des empereurs Sévère et Antonin ».

Ces mêmes Empereurs disent dans leur rescrit : « Vous vous êtes trompé en croyant être exempt de tutelle à raison de votre impuissance ».

Alexandre dit dans un rescrit, par une raison semblable : « Votre

---

excuses des tuteurs, §. 3, que « Antonin-le-Pieux a décidé dans un rescrit qu'il fallait dispenser de la tutelle ceux qui sont non lettrés, *quoiqu'on puisse, sans être lettré, faire suffisamment bien ses affaires* » ; car par cette particule *quoique*, qui énonce un correctif, il paraît qu'il s'agit ici des personnes non lettrées qui sont en même tems incapables d'affaires, et qu'il en serait autrement si, sans être savantes, elles n'en étaient pas moins capables d'affaires.

(1) Ce qui s'entend d'une maladie perpétuelle. Une maladie qui ne devrait durer qu'un certain tems, ne pourrait dispenser que pour un certain tems, comme on le verra dans le chapitre 2 de cette section.

tutela vel cura excusari debet, quod oculum amisit: proinde intelligis munus susceptum eum deserere non posse ». *l.* 9. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

XXII. « Paupertas quæ operi et oneri tutelæ impar est; solet tribuere vacationem ». *l.* 40. §. 1. Paul. *lib.* 2. *sent.*

Et alibi rursus : « Paupertas sane dat excusationem, si quis imparem se oneri injuncto possit probare. Idque divorum fratrum rescripto continetur ». *l.* 7. Ulp. *lib. sing. excusat.*

ARTICULUS IV.

De quarto excusationem capite, nimirum ex privilegio.

XXIII. Circa omnes quæ ex hoc capite oriuntur excusationum causas, duo hic statim observanda veniunt.

1°. Debet quis habere privilegium jam eo tempore quod ad munus tutelæ vocatur : nec enim excusat spes privilegii quærendi. Quocirca Papinianus : « Tutor petitus, ante decreti diem, si aliquod privilegium quærit, recte petitionem institutam excludere non poterit ». *l.* 28. Pap. *lib.* 5. *resp.*

2°. Etsi quis sponte susceperit tutelam quam ex privilegio poterat repudiare, non ideo minus poterit suo privilegio uti a repudiandam aliam tutelam quæ postea ipsi deferretur. Hoc sensu Gordianus rescribit : « Voluntariæ tutelæ munera privilegiis nihil derogant ». *l.* 12. *cod.* 5. 62. *h. t.*

Jam singulas privilegiorum causas percurramus.

§. I. *De numero liberorum.*

Hoc privilegium proficisitur ex celeberrima lege Papia-Poppæa sub Augusto lata, quæ varia proposuit præmia his qui procreationi legitimæ sobolis studerent.

XXIV. Ergo αφιησιν, etc. (id est) « remittit a tutela vel curatoria, et liberorum multitudo (1) ». *d. l.* 2. §. 2. Modestinus, *l.* 2. *excusat.*

Scilicet (ut rescribunt Severus et Antoninus) « qui ad tutelam vel curam vocantur, Romæ quidem trium liberorum incolumium numero, de quorum etiam statu non ambigitur, in Italia vero quatuor, in provinciis autem quinque habent excusationem ». *l.* 1. *cod.* 5. 66. *d. t. qui numer. liberor.*

Nota : « Romæ datos tutores eos tantum accipere debemus, qui vel a præfecto urbis, vel a prætore, vel in testamento Romæ

(1) Hoc jus liberorum interdum princeps concedebat quibusdam personis liberos non habentibus : ut videre est in epistolis Plinii ubique passim.

frère ne doit pas être exempt de tutelle ou de curatelle parce qu'il a perdu un œil : ainsi vous comprenez qu'il ne doit pas être déchargé de celle qu'il a acceptée ».

XXII. « Une pauvreté qui empêche de supporter la charge et les soins d'une tutelle, est ordinairement un motif de dispense ».

Il est encore dit ailleurs : « La pauvreté dispense de la tutelle, lorsqu'il est prouvé qu'elle empêche de vaquer aux affaires de cette même tutelle. C'est encore ce que disent les deux frères dans un rescrit ».

ARTICLE IV.

De la quatrième dispense, c'est-à-dire, du privilége.

XXIII. Par rapport aux dispenses de cette espèce, il y a deux choses qu'il faut d'abord observer.

1°. Pour être dispensé d'une tutelle en vertu d'un privilége, il ne suffit pas d'espérer l'obtenir, il faut l'avoir obtenu au moment où l'on est appelé à cette tutelle. Papinien dit à cet égard : « Si celui qui a été démandé pour tuteur obtient ensuite un privilége, ce privilége ne le fera point dispenser de la tutelle ».

2°. Si un individu a accepté volontairement une tutelle dont il pouvait se faire dispenser en vertu de son privilége, il ne pourra pas moins user de ce privilége pour se faire dispenser d'une autre tutelle qui lui serait déférée dans la suite. C'est en ce sens que Gordien dit dans un rescrit : « Les tutelles volontaires ne dérogent pas aux priviléges ».

Voyons maintenant chacun des cas où les priviléges ont lieu.

§. I. *Du nombre des enfans.*

Ce privilége procède de la fameuse loi *Papia-Poppæa*, rendue sous l'empire d'Auguste, laquelle accordait différentes récompenses à ceux qui avaient un certain nombre d'enfans.

XXIV. Un certain nombre d'enfans dispense donc de la tutelle ou de la curatelle (1) ».

C'est-à-dire, ainsi que l'ont statué Sévère et Antonin dans un rescrit : « Ceux qui sont appelés à une tutelle ou à une curatelle, peuvent s'en faire dispenser à Rome, s'ils ont trois enfans en bonne santé, et dont l'état ne soit point équivoque; en Italie, s'ils en ont quatre, et dans les provinces, s'ils en ont cinq ».

Observez que « nous ne devons entendre par tuteurs donnés à Rome, que ceux qui l'ont été par le préfet de la ville,

(1) Le prince accordait quelquefois ce droit des enfans à des personnes qui n'en avaient point, comme on le voit dans les lettres de Pline et ailleurs.

confecto, vel in continentibus ædificiis, dati sunt ». *l.* 45. §. 3. Tryph. *lib.* 13. disp.

Τουτο δε, etc. (id est) « hoc autem videtur quidem dictum esse de tutore dato secundum testamentum : convenit autem hoc et in omni alio ». *sup. d. l.* 2. §. 5.

Sed et « si a prætore detur curator mente capto aut muto, sive ventri, excusatur jure liberorum ». *sup. d. l.* 45. §. 2.

XXV. An autem et a propriorum filiorum tutela aut cura hoc privilegium excuset, quæritur ? V. G. « Lucius-Titius, ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum ejus ætatis, ut curatores accipere debeat : quæro, si idem Titius pater, petente eodem filio emancipato, curator a prætore detur, an jure publico uti possit, et nihilominus trium filiorum nomine vacationem postulare ? Respondi : Præmium quidem patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere : sed quum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit si tali excusatione utendum sibi putaverit ». *l.* 36. §. 1. Paul. *lib.* 9. respons.

XXVI. Quæritur quoque quinam liberi ad hanc excusationem prosint? Et imprimis νομιμυς, etc. (id est) « legitimos autem liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate ». *sup. d. l.* 1. §. 3.

Item naturales, non adoptivos, ut videb. tit. 5. de vacat., et excus. muner. infr. *lib.* 50.

Τον δε αριθμον, etc. (id est) « numerum autem liberorum determinatum constitutionibus esse oportet unicuique, tunc quum creatur. Nam si post creationem generantur, non auxiliantur ; ut constitutio inquit Severi et Antonini ». *d. l.* 3. §. 8.

Ο δε εν τη γαστρι, etc. (id est) « qui autem in ventre est, etsi in multis partibus legum comparatur jam natis, tamen neque in præsenti quæstione, neque in reliquis civilibus muneribus prodest patri (1). Et hoc dictum est in constitutione divi Severi ». *d. l.* 2. §. 6.

Similiter, δει δε ειναι, etc. (id est) « oportet autem liberos vivos esse quando tutores patres dantur. Qui enim antea decesserunt, his non connumerantur; neque rursus nocent, qui postea moriuntur. Et hoc ita inquit constitutio divi Severi ». *d. l.* 2. §. 4.

Uno casu, qui defuncti sunt, prosunt. Nimirum « bello amissi, ad tutelæ excusationem prosunt ».

---

(1) Nam qui in ventre est, tunc demum pro jam nato habetur quum de ipsius commodo agitur, non quum de commodo cæterorum. *l.* 231. *ff. lib.* 50. *tit.* 16. *de verb. signif.*

par le préteur, ou par un testament fait à Rome ou dans ses faubourgs ».

« Ce qui, bien qu'étant dit d'un tuteur donné conformément à un testament, s'applique cependant à tout autre ».

Et même « si le préteur a donné un individu pour curateur à un homme tombé en démence, à un muet ou à un enfant à naître, il peut s'en faire dispenser par le nombre de ses enfans ».

XXV. Mais ce privilége dispense-t-il un père de la tutelle ou de la curatelle de ses propres enfans? Par exemple, « Lucius Titius a trois enfans en bonne santé; mais il y en a un qu'il a émancipé, et qui est d'âge à avoir un curateur. On a demandé si, dans le cas cas où le préteur aura donné Titius pour curateur à ce fils émancipé qui le demandait, il pourra encore exciper du nombre de ses enfans pour se faire dispenser de cette curatelle. J'ai répondu qu'on ne pouvait pas refuser à un père le privilége qui lui était accordé à raison du nombre de trois enfans; mais qu'étant demandé pour curateur de son propre fils, il agirait contre les sentimens paternels en invoquant ce privilége ».

XXVI. On demande aussi quels sont les enfans qui donnent ce privilége. « Et il faut qu'ils soient tous légitimes, bien qu'ils ne soient pas sous la puissance de leur père ».

Il faut encore qu'ils soient ses enfans naturels, et non des enfans adoptés, comme on le verra au titre qui traite *de la vacance des emplois et des dispenses*, ci-après *liv.* 50.

« Il faut aussi avoir le nombre d'enfans déterminé par les constitutions, au moment où l'on est donné pour tuteur. Ceux qu'on aurait après n'auraient point d'effet rétroactif à cet égard, comme le dit la constitution de Sévère et d'Antonin ».

« Toutefois, encore que l'enfant qui va bientôt naître soit compté comme né dans beaucoup d'autres cas, on ne le comprend cependant point dans le nombre d'enfans qui dispensent de la tutelle, non plus que pour toutes les autres charges civiles (1). Ainsi l'énonce une constitution de l'Empereur ».

De même « il faut aussi que les enfans soient vivans au tems où leur père est appelé à une tutelle; car on ne compte pas ceux qui sont décédés avant ce tems, non plus qu'on ne peut opposer ceux qui meurent après. C'est encore ce que dit une constitution du même empereur Sévère ».

Il n'y a qu'un cas où le père peut compter ceux qui sont décédés : « Ceux qu'il a perdus à la guerre lui servent à obtenir dispense d'une tutelle ».

(1) Parce que l'enfant à naître n'est regardé comme né que pour ce qui concerne ses intérêts, et non pour ceux des autres. *l.* 231. *ff. sur la signification des mots.*

« Quæsitum est autem qui sunt isti? Utrum hi qui in acie sunt interempti, an vero omnes omnino qui, per causam belli, parentibus sunt abrepti, in obsidione forte? Melius igitur probabitur eos solos qui in acie amittuntur, prodesse debere (cujuscumque sexus (1), vel ætatis sint): hi enim pro republica ceciderunt ». *l.* 18. Ulp. *lib.* 20. *ad l. Jul. et Pap.*

XXVII. Ου μονον δε, etc. (id est), « non solum autem filii remissionem tutelæ tribuunt, et filiæ; sed etiam nepotes ex filiis masculis nati, masculi et fœminæ; auxiliantur autem tunc, quando, patre eorum mortuo, illius locum supplent avo. Quotcumque autem nepotes fuerint ex uno filio, pro uno filio numerantur. Hæc autem ex constitutionibus quæ de liberis loquuntur, possunt colligi: nusquam enim facile est invenire ubi de *filiis* loquatur constitutio, sed de *liberis*, appellatio autem hæc et ad nepotes extenditur ». *l.* 2. §. 7. Modest. *lib.* 2. *excusat.*

Pariter η των τεκνων, etc. (id est), « *natorum* appellatio et ad nepotes extenditur ». *l.* 164. *ff.* 50. 16. *verb. signif.* Modest. *lib.* 2. *excusat.*

Nepotes autem ex filia non possunt. Unde Antoninus: « Neque filia amissa numero prodest ad declinanda municipalia munera (2); neque nepotes numerantur, quorum pater superest, quum suo nomine patri prosint ». *l.* 2. *cod.* 5. 66. *qui numero liber.*

§. II. *De privilegio militiæ.*

Jam ad privilegium veteranorum militum transeundum est.

Quæstio prima. *Quinam hoc privilegio gaudeant?*

XXVIII. Hic distinguendum est legionarios inter, et urbanarum cohortum milites, et nocturnos vigiles.

1°. *Legionarii*, veterani sunt qui tempus militiæ compleverunt, quod ex instituto Servii-Tullii et lege Gracchana definitur ab anno decimo-septimo ad annum quadragesimum-sextum.

Εσθ οτε δε, etc. (id est) « quandoque autem non complent quidam militiæ tempus, et tamen habent remissionem tutelarum; sed non eamdam cum iis qui compleverunt. Qui enim vigesimum annum militiæ excessit, similis esse creditur (3) ei qui complevit tempus militiæ ». *l.* 8. §. 2. Modest. *lib.* 3. *excusat.*

Ο δε εντος, etc. (id est), « qui autem intra hos annos (4) dimissus est, non habet continuam tutelarum immunitatem; sed ad

(1) Crederem verba hæc inclusa parenthesi, loco suo mota esse, et reponenda supra post illa, *in obsidione forte*.

(2) Eadem ratio tutelarum.

(3) Eodem privilegio gaudet quo veterani proprie dicti.

(4) Id est, ante vicennium.

« On a demandé quels étaient ceux qu'il avait perdus à la guerre, si c'étaient seulement ceux qui étaient restés sur le champ de bataille, ou indifféremment tous ceux qui avaient péri par l'effet de la guerre, comme, par exemple, dans une ville assiégée; mais le mieux est dire que c'est seulement ceux qui ont péri dans une bataille, de quelque âge et de quelque sexe (1) qu'ils puissent être, parce que ceux-là sont morts pour la république ».

XXVII. « Mais ce ne sont pas seulement les fils et les filles qui donnent l'exemption de la tutelle; ce sont aussi les fils et les filles du fils; toutefois ils ne procurent cette exemption qu'au grand-père après la mort du père; et en quelque nombre que soient les enfans du fils, ils ne représentent que leur père : c'est ce qu'on peut conclure des constitutions qui en parlent; car aucune constitution ne parle des fils, mais seulement des enfans; dénomination qu'on a étendue aux petits-fils ».

« On a aussi étendu la dénomination de *nati* aux petits-fils ».

Mais on ne compte pas les petits-fils par les filles. C'est pourquoi Antonin dit : « Une fille morte ne se compte pas par rapport au nombre d'enfans qui dispensent des charges municipales (2), non plus que les petits-fils dont le père est encore vivant, lesquels ne peuvent être comptés que pour lui ».

§. II. *Du privilége de la profession militaire.*

Il faut maintenant passer aux priviléges des vétérans militaires.

Première question. *Quels sont ceux qui jouissent de ce privilége.*

XXVIII. Il faut distinguer ici entre les vétérans légionnaires, ceux des cohortes et ceux des gardes de nuit.

1°. Les vétérans légionnaires sont ceux qui ont servi pendant tout le tems prescrit par l'institution de Servius-Tullius, et par la loi *Gracchana*, c'est-à-dire, depuis l'âge de dix-sept ans jusqu'à l'âge de quarante-six.

« Il y en a quelquefois à qui l'on accorde la dispense de tutelle sans avoir servi tout ce tems; mais ils n'obtiennent pas la même dispense que les autres; car ceux qui ont servi plus de vingt ans sont assimilés à ceux qui ont servi pendant tout le tems ci-dessus (3) ».

« Mais ceux auxquels on a accordé leur congé avant la vingtième année (4), n'obtiennent pas une dispense de tutelle per-

(1) Je crois que les mots renfermés dans cette parenthèse ont été transposés, et qu'il faut les rapporter après les mots *dans une ville assiégée.*

(2) La même raison a lieu pour les tutelles.

(3) Ils jouissent du même privilége que les vétérans proprement dits.

(4) C'est-à-dire, avant la vingtième année.

tempus, quemadmodum et reliquorum civilium munerum remissionem habet. Qui enim intra quinque annos militia solutus est, nullam sibi vindicabit immunitatem : qui autem post quinque annos, unius anni habet immunitatem; qui autem post octo, biennii; qui autem post duodecim, triennii : qui autem post viginti, sicut supra diximus, continuo absolvetur ». *d. l.* 8. §. 3.

Pariter Antoninus rescribit : « Qui causaria (1) missione sacramento post viginti annorum stipendia solvuntur, et integram famam retinent, ad publica privilegia veteranis concessa pertinent ». *l.* 1. *cod.* 5. 65. *de excusat. veteran.*

Hactenus de legionariis.

2°. Quod spectat ad cohortes urbanas, quæ et *prætoriæ* dicuntur, quum hæ tum ad principis, tum ad urbis custodiam destinatæ essent, majora erant horum militum privilegia quam cæterorum. « Plane si quis in cohortibus urbanis permilitavit, licet ante viginti annos mittitur, tamen perpetuam habet a tutelis excusationem ». *sup. d. l.* 8. §. 9. *v. plane.*

3°. Jam vero nocturni custodes seu *vigiles* dicebantur, quibus præerat præfectus vigilum; instituti ab Augusto ut nocte excubias in urbe agerent, ad arcenda incendia. *Sueton. in August.* 30. *Vide etiam. t.* 1. *pag.* 42. *tit. XV. de off. præf. vigil.*

Ο δε εντοις, etc. (id est), « qui autem inter nocturnos custodes, qui sunt Romæ, militaverit, anni solius habet remissionem ». *d. l.* 8. §. 4.

XXIX. Hi quidem omnes excusationem aut vacationem habent. « Ουτοι δε, etc. (id est), ita autem, si honeste scilicet absoluti fuerint, sicut dictum est, vel, propter ægritudinem, causariam remissionem acceperint; est enim et hæc honesta : qui enim ignominiosa potitur remissione, non habet vacationem ». *d. l.* 8. §. 5.

Γραφει δε, etc. (id est), scribit autem et Ulpianus ita : « Sed » ignominia missi, ab urbicis plane tutelis excusabuntur; quia in» gredi eis urbem non licet ». *d. l.* 8. §. 9.

Quæstio altera. *Adversus quos, ex privilegio ante actæ militiæ, vacatio competat?*

XXX. Οι παλαι στρατιωται, etc. (id est), « sed et milites qui honeste compleverunt militiæ tempus, remissionem habent tutelarum adversus omnes hodie privatos (2) ».

« Adversus autem filios eorum qui eidem ordini communicaverunt, et eorum qui olim milites fuerunt, intra annum quidem di-

(1) *Causaria* missio est, quæ fit propter valetudinem.

(2) *Privatos* opponit eis qui privilegiis ante actæ militiæ gaudent.

pétuelle ; ils en sont seulement dispensés pour un tems, comme de toutes les autres charges civiles. Ceux qui ont été renvoyés sur congé dans la cinquième année, n'obtiennent aucune dispense, et ceux qui ont servi plus de cinq ans sont dispensés de tutelle pour une année. Ceux qui ont servi huit ans en sont dispensés pour deux ans. Ceux qui ont servi douze ans en sont dispensés pour trois ans ; et ceux qui ont servi vingt ans en sont dispensés pour toujours, ainsi qu'on vient de le dire ».

Antonin dit pareillement dans un rescrit : « Ceux qui ont été congédiés pour cause (1), après vingt ans de service et avec une bonne réputation, jouissent des priviléges accordés aux vétérans ».

Ce qu'on vient de dire est applicable aux légionnaires.

2°. Pour ce qui concerne les cohortes de la ville, qu'on appelle aussi *prétoriennes*, comme étant destinées à la garde du prince comme à celle de la ville, elles avaient de plus grands priviléges que les autres militaires. « Celui qui avait bien servi dans les cohortes prétoriennes, obtenait une dispense perpétuelle de la tutelle, encore qu'il n'y eût pas servi vingt ans ».

3°. On appelait *gardes de nuit* ceux qui étaient commandés par le préfet de la garde nocturne, et avaient été institués par Auguste pour faire des patrouilles dans la nuit, et veiller aux incendies.

« Ceux qui avaient servi dans les gardes de nuit de la ville de Rome, n'étaient dispensés de tutelle que pour une année ».

XXIX. Tous ceux dont on vient de parler étaient à la vérité dispensés ou exempts de tutelle ; « mais, comme on l'a dit, ce n'était qu'autant qu'ils s'étaient honorablement comportés, ou avaient été congédiés à raison de leur mauvaise santé ; car ceux qui avaient été renvoyés pour une cause ignominieuse, ne jouissaient d'aucune espèce de dispense ».

« Ulpien dit également que ceux qui avaient été renvoyés de l'armée n'étaient dispensés de tutelle dans la ville, qu'autant qu'il leur était défendu d'y entrer ».

Seconde question. *Contre qui les vétérans jouissaient de la dispense accordée à leurs services militaires.*

XXX. « Les militaires qui avaient servi d'une manière honorable pendant le tems ci-dessus prescrit, avaient l'exemption de tutelle contre toutes personnes privées (2) ».

« Mais ils ne pouvaient pas opposer ce privilége aux enfans de ceux qui en avaient joui, et ils ne pouvaient même l'opposer que

(1) Le congé motivé est celui qui est donné pour cause de maladie.

(2) Il oppose les personnes privées à ceux qui jouissent des priviléges de leurs anciens services militaires.

missionis, remissionem habent; post annum autem non habent. Coæqualitas enim honoris militiæ fortior videtur omni militum privilegio : nisi fortassis alias habuerint justas tutelæ excusationes; ut puta, numerum annorum, vel aliquid tale, quale et privatos adversus omnes excusare consuevit ».

« Hæc autem de filiis, non de nepotibus eorum qui olim milites fuerunt. Nepotes enim eorum qui olim milites fuerunt, in eodem loco cum reliquis privatis esse creduntur ». *l.* 8. Modest. *lib.* 3. *excusat.*

Cæterum, *και ουδεν*, etc. (id est), « et nihil differt qualiter indigeant filii commilitonis tutore vel curatore, utrum emancipati, vel patre mortuo ». *d. l.* 8. §. 11.

XXXI. Quis autem conveteranus intelligitur, ut ejus filiorum tutelam veteranus suscipere teneatur?

Συμβετερανος, etc. (id est), « conveteranus autem esse creditur, non solum legionarius, sed et omnis qui qualitercumque militavit; et si honeste est et ipse solutus (filiorum (1) tamen tutor creabitur). Etenim legionarius, ejus qui inter nocturnos custodes militavit, filiorum tutor fit ». *d. l.* 8. §. 6.

Conveteranos ergo intellige, item honeste dimissos.

Οι μεν τοι, etc. (id est), qui nimirum ignominiose dimissi sunt, similes his qui nequaquam militaverunt existimantur, et propter hoc, neque ipsi habent privilegium, neque filiis eorum, qui olim fuerunt milites (2) tutores dati obligabuntur ». *d. l.* 8. §. 1.

Si militum veteranorum filiis recte datur tutor veteranus, multo magis *ηδη δε και*, etc. (id est), « jam vero et militi impuberi (3) curator dabitur, qui olim miles fuerit, scilicet si pater hujus mortuus fuerit, sive etiam hic emancipatus fuerit, similiter (4) ». *d. l.* 8. §. 7.

Και τουτοις, etc. (id est), « et de universis his (5), constitutiones testantur ». *d. l.* 8. §. 8.

---

(1) Ejus qui similiter militavit : sed hæc verba inclusa duobus parenthesibus desunt in græco, et rectius ab Anton. Augustino totus hic textus ita vertitur : *conveteranus..... sed et omnis qui ubicumque permilitaverit : si modo honeste hic quoque missus sit : nam, legionarius, etc.*

(2) Dicit, *qui olim fuerunt milites*, pro *veterani*. Sensus est, veteranos, si tutores dentur filiis eorum qui ignominiose missi sunt, invitos non teneri.

(3) Impubes, miles esse non potest. Verti ergo debuerat *minori*, et hanc versionem comprobant verba sequentia, *curator dabitur*.

(4) Quum utroque casu minor factus fuerit sui juris, ita ut curatore indigeat.

(5) His nimirum omnibus quæ supra diximus.

pendant un an aux enfans des militaires, parce que l'égalité de l'honneur dû à l'état militaire l'emportait sur tous les priviléges militaires, à moins qu'ils n'eussent d'autres raisons de dispense, comme, par exemple, l'âge de soixante-dix ans, ou autre excuse semblable, et de nature à faire ordinairement dispenser un homme privé ».

« Ceci s'entend des fils de militaire, et non de leurs petits-fils qui rentraient dans la classe des personnes privées ».

Au reste, « il était indifférent de quelle manière les fils d'un militaire eussent besoin d'un tuteur ou d'un curateur, et que ce fût parce que leur père était décédé, ou parce qu'il les avait émancipés ».

XXXI. Mais quel était le co-vétéran dont le vétéran était obligé d'accepter la tutelle?

« On entend par *co-vétéran*, non-seulement le légionnaire, mais encore tout autre militaire qui avait reçu un congé honorable, aux enfans duquel on donnait un tuteur également militaire, honorablement sorti de l'armée (1) : car un légionnaire pouvait être donné pour tuteur aux enfans de celui qui avait servi dans les gardes de nuit ».

On entendait donc par *co-vétérans*, non pas ceux qui avaient servi, mais tous ceux qui avaient servi honorablement.

« Ceux qui avaient reçu un congé ignominieux étaient assimilés à ceux qui n'avaient point servi, et ne jouissaient point de l'exemption de tutelle; mais ceux qui avaient honorablement servi n'étaient pas même obligés d'accepter la tutelle de leurs enfans (2) ».

Si l'on pouvait donner un vétéran pour tuteur au fils d'un vétéran, à plus forte raison « on pouvait le donner pour curateur à un militaire impubère (3), c'est-à-dire, si son père était décédé; et il en était de même si son père l'avait émancipé (4) ».

« Et de tous ceux dont nous venons de parler (5), conformément à toutes les constitutions ».

---

(1) De celui qui a également fait la guerre. Mais les mots renfermés dans la parenthèse manquent dans le texte grec, et Antoine Augustin lit avec raison : *conveteranus.... sed et omnis, etc.*

(2) Il dit *ceux qui ont été autrefois militaires*, pour dire *des vétérans* Le sens est que si on donne des vétérans pour tuteurs aux enfans de celui, qui a eu un congé ignominieux, ils ne sont pas forcés d'accepter la tutelle.

(3) Un impubère ne peut pas être militaire. Il fallait traduire *minori*; et c'est ce que prouvent les mots suivans, *curator dabitur.*

(4) Comme dans l'un et l'autre cas il est devenu maître de ses droits et actions, et a besoin d'un curateur.

(5) C'est-à-dire, à tous ceux dont nous avons parlé.

XXXII. Quod diximus, militibus filiisve militum aut veteranorum veteranos recte dari tutores, exceptiones patitur.

Enimvero, « si tribunus in cohortibus prætoriis permilitaverit, etiam collegarum filiorum tutela excusabitur, beneficio Divi Severi, et imperatoris nostri ». *l.* 9. Ulp. *lib. sing. de offic. prætoris tutel.*

Πριμιπιλαριοι, etc. (id est), « primipilarii, ex constitutionibus imperialibus, excusationem habent reliquarum tutelarum; primipilarii autem filiorum tutores erunt ».

« Primipilarii autem hi existimantur, qui exercent primum pilum (1). Si autem non exercens mortuus fuerit, hujus filiorum primipilarius tutor non erit ». *sup. d. l.* 8. §. 12.

Cæteri veterani tenentur quidem cujuslibet conveterani filiorum tutelam suscipere : sed si jam unam susceperint, a cæteris habent vacationem.

Εζητηθη, etc. (id est), « quæsitum est autem utrum unam et semel tutelam recipiunt (2), qui olim fuerunt milites, vel uno tempore non amplius quam semel (3); quiescente autem prima tutela, rursus privilegium (4) recipiant? Aliter atque (5) in privatis qui quieverunt; non enim auxiliantur his qui habuerunt, neque inter tres adnumerantur; ita et in his qui olim fuerunt milites, non prodest creatum esse (6) : hoc autem in curiis (7) est promulgatum, ut ostendit Divi Severi et Antonini constitutio ». *d. l.* 8. §. 10.

XXXIII. Circa veteranorum privilegium, observandum superest quod ait Gordianus : « Quod placuit, veteranos tantummodo

(1) *Primipilum* vocabatur prima centuria, cui præpositus centurio *primipilaris* dictus, non solum Aquilæ præerat (quod erat præcipuum romani imperii signum), verum etiam quatuor centurias in prima acie gubernabat. Totius quoque legionis merita et commoda percipiebat, ut ea militibus distribueret : cujus administrationis rationem Cæsari reddere tenebatur. *Veget. de re milit. lib.* 2. *cap.* 8. *Anton. Augustin. lib. singul. ad* Modestin.

(2) Id est, *semel* in vita recipere teneantur.

(3) Id est, an *una* tutela ita intelligenda est, ut uno eodemque tempore una sit : finita autem ea, aliam teneantur suscipere.

(4) Ut amplius non sint tutores.

(5) Pro *aliter atque*, vertendum erat *sed quemadmodum*. Respondet ad quæstionem.

(6) Semel tutorem fuisse.

(7) *Curis* pro *curatoriis*; id est, circa munus curatorum. Alias *curis*, eodem sensu.

XXXII. Ce que nous avons dit, qu'on pouvait donner des vétérans pour tuteurs aux militaires et aux fils de militaires, souffre quelques exceptions.

En effet, « si un tribun avait long-tems servi dans les cohortes prétoriennes, il pouvait refuser la tutelle des enfans d'un autre tribun, en vertu d'un privilége accordé par Sévère et notre empereur ».

« Les capitaines de la première compagnie des lanceurs de javelots pouvaient, par les constitutions impériales, se faire dispenser de toutes les autres tutelles, mais non de celles des enfans de leurs collègues ».

« On entendait par cette espèce d'officiers, celui qui lançait le premier javelot (1); mais il fallait qu'il fût mort en exerçant cette charge, pour que son successeur fût tenu d'accepter la tutelle de ses enfans ».

Les autres vétérans étaient tenus d'accepter la tutelle des enfans de tout autre co-vétéran; mais dès qu'ils en avaient accepté une, ils étaient exempts de tout autre.

« Toutefois on a demandé si ceux qui avaient été militaires n'étaient tenus d'accepter qu'une tutelle pour toute leur vie (2), ou seulement exempts d'en exercer deux à la fois (3), et si après en avoir administré une, leur privilége subsistait encore (4); mais il faut dire (5) que comme on ne vient pas au secours des personnes privées dont l'administration a fini, et qu'on ne leur compte pas cette tutelle terminée au nombre des trois qui pouvaient les dispenser d'une autre, de même les vétérans ne peuvent pas invoquer une tutelle finie (6); ce qui a également lieu par rapport aux curateurs, comme on le voit dans la constitution de Sévère et d'Antonin (7) ».

XXXIII. Il faut encore observer par rapport aux priviléges des vétérans, ce que dit Gordien. « Il a été décidé que les vété-

(1) On appelait *primipilus* la première centurie que commandait un centurion appelé *primipilaris*, et qui présidait non-seulement à l'aigle (qui était la première enseigne), mais encore avait le commandement de quatre centuries dans la première compagnie. C'était aussi à lui qu'étaient adressées toutes les récompenses accordées à la légion, pour les distribuer aux soldats; et il était chargé d'en rendre compte à l'Empereur.

(2) C'est-à-dire, d'en recevoir une seule pour toute leur vie.

(3) C'est-à-dire, si par *une tutelle* il faut entendre qu'ils n'en peuvent pas gérer deux à la fois, mais que l'une ayant fini ils sont tenus d'en gérer une autre.

(4) De manière qu'ils ne dussent plus être tuteurs.

(5) Au lieu de *aliter atque*, il fallait traduire *sed quemadmodum*. Il répond à la question.

(6) La tutelle qu'ils ont gérée.

(7) *Curis* pour *curatoriis*, c'est-à-dire, par rapport aux charges des curateurs, autrement *curis*, dans le même sens.

conveterani filiorum seu militum, et quidam unam tutelam seu curam eodem tempore administrare compelli, eo pertinet ut, si aliis dati fuerint, intra solennia tempora causas excusationis ad competentem judicem deferant ». *l.* 2. *cod.* 5. 65. *de excusat. veteran.*

Nisi autem se excusaverint, administrare tenebuntur, nec hoc privilegium a susceptis, sed duntaxat a suscipiendis tutelis excusat.

Tamen ο πριμιπιλον, etc. (id est), « qui primum pilum explevit, si, quum tutelam suscepisset unius filii, rursus in militares necessitates assumptus erit, deponet sollicitudinem tutelæ ». *l.* 10. §. 5. Modest. *lib.* 5. *excusat.*

Obiter nota : Ομοιως, (id est), « similiter et in locum illius tutoris, quem postea sibi (1) collegam quis adduxerit, dabitur curator; ut ait constiutio Divi Severi, quam recte adaptans omnibus similibus capitulis, curatorem dari licet in locum eorum qui temporis vacationem recipiunt ». *d. l.* 10. §. 6.

XXXIV. Hactenus de privilegio veteranorum: multo magis ipsi milites a tutelis excusari debent. Hinc Ulpianus : « Si in castris merentes, non ab eo tutores dentur qui in castris merebat, excusationem habere respondi ». *l.* 23. §. 1. Ulp. *lib.* 2. *resp.*

§. III. *De privilegio eorum qui circa principem sunt occupati.*

XXXV. Privilegium immunitatis a tutelis conceditur etiam quibusdam personis quæ circa personam principis occupatæ sunt.

V. G. « jurisperitos qui tutelam gerere cœperunt, in consilium principum adsumptos, optimi maximique principes nostri constituerunt excusandos, quoniam circa latus eorum agerent, et honor (2) delatus finem certi temporis ac loci non haberet ». *l.* 30. Papin. *lib.* 5. *resp.*

Idem quoque privilegium silentiariis (3) tribuit Anastasius. *l.* 25. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

§. IV. *De privilegio professionis liberalium artium.*

XXXVI. Privilegium immunitatis a tutelis tribuit etiam profes-

(1) Anton. Augustinus rectius vertit, *adsessorem.*

(2) Id est, quum hic honor certo tempore non concludatur, debet perpetuam præbere excusationem.

(3) *Les huissiers de la chambre.*

rans ne pouvaient être forcés à accepter que la tutelle des enfans d'un co-vétéran ou d'un militaire, et qu'il n'était tenu d'accepter qu'une curatelle ou une tutelle à la fois; d'où suit que si on les donne pour tuteurs à d'autres, ils peuvent s'adresser aux juges compétens pour s'en faire dispenser, pourvu qu'ils s'y adressent dans le tems fixé ».

Et s'ils n'ont pas proposé leurs dispenses, ils seront tenus d'administrer, parce que leur privilége ne les dispense que d'accepter une tutelle, et ne les dispense pas de gérer celles qu'ils ont acceptées.

Cependant « l'individu qui a exercé les fonctions de premier capitaine des lanceurs de javelots, pourra être appelé de nouveau à ces mêmes fonctions, nonobstant la tutelle qu'il administre actuellement, et il cessera alors de la gérer ».

Observez en passant que « il sera donné un curateur en remplacement de celui que cet officier aura appelé pour être son collègue (1), comme l'énonce la constitution de l'empereur Sévère, qu'on a adaptée à tous les cas semblables, pour donner un curateur aux tuteurs qu'on dispense de la tutelle pour un tems ».

XXXIV. Jusqu'ici nous avons parlé du privilége des vétérans; mais les militaires doivent encore, à plus forte raison, être dispensés de tutelles. C'est pourquoi Ulpien dit : « J'ai répondu que si ceux qui sont employés dans les camps étaient donnés pour tuteurs par un individu qui n'y fût pas occupé, on devait les dispenser de la tutelle ».

§. III. *Du privilége de ceux qui sont employés auprès de la personne du prince.*

XXXV. Le privilége de l'exemption de tutelle est également accordé à certaines personnes occupées près de la personne du prince.

Par exemple, « nos bons et grands princes ont statué par leurs constitutions, que les jurisconsultes appelés dans leurs conseils devaient être déchargés des tutelles qu'ils avaient acceptées, parce qu'ils étaient occupés près d'eux, et que cet honneur (2) ne devait pas être circonscrit dans un espace de lieu ou de tems ».

Anastase avait étendu ce privilége aux huissiers de la chambre (3).

§. IV. *Du privilége de la profession des arts libéraux.*

XXXVI. La profession des arts libéraux donne également le

(1) Antoine Augustin traduit avec plus de raison *adsessorem*.

(2) C'est-à-dire, que comme cet honneur n'est pas restreint à un tems, il doit produire une dispense perpétuelle.

(3) Les huissiers de la chambre.

sio liberalium artium : enimvero γραμματικοι, etc. (id est), « grammatici (1), sophistæ, rhetores (2), medici (3) qui περιοδευται (id est), circulatores vocantur (4), quemadmodum a reliquis muneribus, ita et a tutela et a cura requiem habent ». *l.* 6. §. 1. Modest. *lib.* 2. *excusat.*

Και φιλοσοφους, etc. (id est) « et philosophos quidem liberari a tutelis Paulus scribit ita » :

---

(1) *Grammatici*, qui etiam *litterati* et *litteratores* dicuntur, sunt poetarum interpretes. Dudum ignota fuit Romæ grammatica, in rudi adhuc et bellicosa civitate. Illuc primus eam invexisse creditur quidam Crates-Mallotes legatus ab Attalo rege Romam missus, inter secundum ac tertium bellum punicum sub ipsam Ennii mortem. Sensim postea Romæ crevit gratia ac cura grammaticæ; adeo ut quandoque plus quam viginti celebres ejus artis scholæ Romæ floruerint. *Sueton. lib. de grammat. cap.* 1. 2 *et* 4. Hinc Imperatores publica stipendia atque annonas grammaticis constituerunt, eosque variis decoraunt privilegiis. *Spartian. in* Hadrian. *l.* 11. *cod. Theod. de med. et prof. lib. art.*

Cum *grammaticis* confundendi non sunt *ludi magistri*, qui pueros prima litterarum elementa docent : nec enim illi inter liberalium artium professores connumerantur *l.* 6. *ff.* 50. 13. *de extraord. cognit.*, nec eorum gaudent privilegiis.

(2) Multo serius, et difficilius Romæ recepti sunt *sophistæ* (id est, philosophi) et *rhetores*. Suetonius *lib. de clar. reth. cap.* 1. et Gellius *noct. att.* 15. 11. referunt senatusconsultum sub C. Fannio-Strabone et M. Valerio-Messala coss. de philosophis et rhetoribus factum *uti Romæ ne essent :* iidem referunt edictum quod aliquot deinde annis Domitius-Ænobarbus et Licinius-Crassus censores ita edixerunt : « *Renuntiatum est nobis*, esse homines » qui novum genus disciplinæ instituerunt, ad quos juventus in ludum con- » veniat : eos sibi nomen imposuisse *latinos rhetores* ; ibi homines adoles- » centulos dies tutos desidere. Majores nostri quæ liberos suos discere, et » quos in ludos itare vellent, instituerunt : hæc nova, quæ præter consue- » tudinem ac morem majorum fiunt, neque placent neque recta videntur. » Quapropter et his qui eos ludos habent, et his qui eo venire consueve- » runt, visum est faciendum ut ostenderemus nostram sententiam : *nobis* » *non placere* ». Nec solum his rudibus temporibus, sed etiam sub Domitiano philosophos urbe atque Italia ejectos neminem latet. Sub sequentibus vero Imperatoribus, philosophi, rhetores, et cæteri liberalium artium professores in honore habiti sunt et privilegiis decorati.

(3) Sero medicina in aliquo pretio Romæ haberi cœpit. Hanc artem servi aut liberti aut peregrini profitebantur, ut passim videre est, apud Suetonium in *Caligul.* 8, apud Senecam *de benefic.* 3. 24. et liquet ex inscriptionibus Gruteri. Julius-Cæsar medicos, quo libentius Romam incolerent, civitate donavit : *Sueton. in Julio* 42. Augustus, quum opera Antonii-Musæ, medici ac liberti sui, e gravi morbo convaluisset, illi jus aureorum annulorum indulsit, et universo medicorum ordini immunitatem dedit : *Dio-Cassius*, *lib.* 53. Has medicis, ut et cæteris liberalium artium professoribus, immunitates confirmaverunt Vespasianus, Hadrianus, et sequentes principes. *l. fin.* §. *fin. ff.* 50. 4. *de munerib. et hon.* Illis annonam addidit Alexander. Lamprid. *in Alexand.*

(4) Quasi *circuitores*, id est, illi qui circumquaque festinant ad ægrotos curandos. Hi privilegiis gaudent, non illi qui in umbra medicinæ student.

privilége d'être exempt de tutelle. En effet, « les grammairiens (1), les sophistes, les rhéteurs (2), les médecins (3) que l'on appelle *ambulans* (4), sont aussi exempts de la tutelle et de la curatelle, comme des autres charges publiques ».

« Paul dit que même les philosophes étaient exempts de tutelles. Voici ses termes :

---

(1) Les grammairiens, qu'on appelle aussi *lettrés* ou *littérateurs*, sont les interprètes des poètes. La grammaire fut long-tems ignorée à Rome, tant que ses habitans ne furent que guerriers et ignorans. On dit qu'un certain Crates-Mallotes, ambassadeur du roi Attalus, l'y apporta le premier, entre la seconde et la troisième guerre punique, époque de la mort d'Ennius. On cultiva ensuite insensiblement, et chaque jour davantage, l'étude de la grammaire, à tel point qu'on vit plus de vingt écoles célèbres de grammairiens. Ce fut alors que les Empereurs accordèrent des pensions et des priviléges aux grammairiens.

Il ne faut pas confondre avec les grammairiens ces maîtres d'école qui enseignent aux enfans les premiers élémens de littérature, et qu'on ne met pas au nombre des professeurs des arts libéraux, et qui ne jouissent pas de leurs priviléges.

(2) On reçut avec plus d'examen et de réflexion les sophistes, c'est-à-dire, les philosophes et les rhéteurs. Suétone et Aulu-Gelle rapportent un sénatus-consulte rendu sous le consulat de C. Fannius-Strabon et de M Valerius-Messala, qui ordonnait l'expulsion des philosophes et des rhéteurs. Ces mêmes auteurs rapportent aussi un édit des censeurs Domitius-Ænobarbus et Licinius-Crassus, rendu quelques tems après, où on lit : « Il nous » a été rapporté que des hommes qui veulent introduire un nouveau genre » d'études, et qui se sont donné le nom de *rhéteurs latins*, attiraient la » jeunesse dans leurs écoles où elle perdait son tems. Nos anciens ont dé» terminé ce que les enfans doivent apprendre, et à quels jeux ils devaient » être exercés : ces nouvelles écoles, où l'on donne une éducation différente » et contraire à notre usage, nous ont paru répréhensibles. C'est pourquoi » nous croyons devoir faire savoir, tant à ces nouveaux maîtres qu'à ceux » qui prennent leurs leçons, que nous les désapprouvons ». Tout le monde sait que les philosophes furent repoussés de Rome, non-seulement dans ces tems d'ignorance, mais encore sous Domitien; mais ils furent en honneur sous ses successeurs, qui leur accordèrent des priviléges, ainsi qu'aux rhéteurs et autres professeurs d'arts libéraux.

(3) Ce ne fut que très-tard que la médecine obtint quelque crédit à Rome; elle y fut d'abord exercée par des esclaves, des affranchis ou des étrangers, comme on le voit dans Suétone, *sur Caligula*; dans Sénèque, liv. III. 24, *des bienfaits*, et par les inscriptions de Gruter. Ce fut Jules-César qui donna le droit de citoyens romains aux médecins, pour les fixer à Rome. Voy. Suétone, dans *sa vie de Jules-César*, 42. Auguste accorda le droit des anneaux d'or à Antonius-Musa, médecin et son affranchi, qui l'avait guéri d'une maladie grave. Il accorda aussi des immunités à tout l'ordre des médecins. Voy. Dion-Cassius. Vespasien, Adrien et leurs successeurs, confirmèrent ces immunités, tant aux médecins qu'aux professeurs d'arts libéraux. Alexandre y ajouta des provisions en comestibles. Voyez Lambride, *sur Alexandre*.

(4) Ambulans, c'est-à-dire, qui vont de tous les côtés au secours des malades : ceux-là jouissent des priviléges, mais non ceux qui étudient la médecine dans leur cabinet.

« Philosophi, oratores, grammatici qui publice juvenibus prosunt, excusantur a tutelis ». *d. l.* 6. §. 5.

Εστιν δε και, etc. (id est) « est autem imperatoris Commodi constitutionibus inscriptum capitulum ex epistola Antonii-Pii, in qua manifestatur et philosophos habere immunitatem tutelarum : Sunt autem hæc verba : « Consimiliter autem his omnibus, divus pater » meus mox ingrediens principatum, constitutione existentes ho- » nores et immunitates firmavit, scribens philosophos, rhetores, » grammaticos, medicos, immunes esse gymnasiis (1) sacerdo- » tii (2) stantes, et neque (3) ad frumenti, et vini, et olei emp- » tiones et præpositiones, et neque judicare, neque legatos esse, » neque in militia numerari nolentes, neque ad alium famulatum » eos cogi ». *d. l.* 6. §. 8.

XXXVII. Ut autem hanc immunitatem habeant artium liberalium professores, concurrere oportet : 1°. ut a cura civitatis in qua docent aut profitentur, probati fuerint; 2°. ut intra numerum sint; 3°. ut in patria sua doceant, aut profiteantur.

1°. Enim κάι μεν τοι, etc. (id est) « et utique non aliter, de immunitate hac fructuum habebunt, nisi, decreto senatus, inscripti fuerint numero concesso, et circa operationem se negligenter non habeant ». *d. l.* 6. §. 4.

Nec prodest inscriptos, vel probatos eos fuisse, si postea reprobentur. « Nam et Ulpianus, libro 4 de Officio proconsulis, ita scribit : « Sed et reprobari medicum posse a republica, quamvis » semel probatus sit, Imperator noster cum patre Lælio-Basso rescripsit ». *d. l.* 6. §. 6.

2°. Intra numerum esse debent.

Εστίν δε και ο αριθμος, etc. (id est) « est autem et numerus rhetorum in unaquaque civitate qui vacationem munerum habent, et hæreses (4) quædam propositæ lege : quod manifestum est ex

(1) Id est, perfectura gymnasiorum. *Gymnasiarchæ* munus est, ejus qui præest exercitio palæstrico cum aliquo suo sumptu.

(2) *Sacerdotiis* provinciarum scilicet, quæ sumptum aliquem habent : ludis enim præerant.

(3) Corrupta versio : legendum foret, *et neque stantes ad, etc.* Sed totus hic textus male omnino translatus est. Hunc ita vertit Anton. Augustinus : *Immunes esse præfecturis gymnasiorum, ædilitiis curis, sacerdotiis, hospitum receptione, frumenti atque olei emptionibus, etc.* est autem hic *hospitum receptio* (logement de gens de guerre) : *frumenti atque olei emptio et præposito*, munus eorum quos vernacule dicimus (*chargé des approvisionnemens.*)

(4) Id est, divisiones civitatum, ut vertit Ant. Augustinus.

« Les philosophes, les orateurs et les grammairiens qui en-
» seignent publiquement la jeunesse, sont exempts de tutelles ».

« On voit aussi dans les constitutions de l'empereur Commode, un chapitre d'une lettre d'Antonin-le-Pieux, où il est dit que les philosophes étaient exempts de tutelles. « En voici les expressions : « Mon auguste père, en parvenant à l'empire, confirma les hon-
» neurs et immunités qu'il trouva accordés par ses prédécesseurs,
» et voulut que les philosophes, les rhéteurs, les grammairiens et
» les médecins fussent exempts de la présidence du gymnase (1),
» du sacerdoce (2), et que demeurant à Rome, ils fussent exempts
» d'être chargés des approvisionemens (3) de froment, de vin et
» d'huile ; des charges de judicature et des députations, des enrô-
» lemens militaires et de tout autre service, ou du moins qu'ils n'y
» pussent pas être forcés ».

XXXVII. Mais pour que les professeurs des arts libéraux jouissent de cette immunité, il faut le concours de trois choses : il faut 1°. qu'ils aient été approuvés par la curie de la ville où ils enseignent ou professent ; 2°. qu'ils soient du nombre de ceux qui ont été jugés nécessaires ; 3°. qu'ils enseignent ou professent dans leur patrie.

1°. Parce que, « pour qu'ils jouissent de cette immunité, il faut qu'ils soient inscrits, en vertu d'un décret du sénat, au nombre des professeurs accordés à la ville, et qu'ils mettent la plus grande exactitude dans l'exercice de leurs fonctions ».

Ce serait envain qu'ils auraient été approuvés et admis, s'ils avaient été destitués par la suite ; car Ulpien dit aussi, « que sui-
» vant un rescrit de notre Empereur et de son père, adressé à
» Lælius-Bassus, un médecin peut être destitué après avoir été
» approuvé et reçu par le corps de ville ».

2°. « Ils doivent être du nombre de ceux qui ont été accordés ».

« Car il y a dans chaque ville un certain nombre de rhéteurs en exercice, proportionné à la division légale de cette ville (4). C'est ce que dit clairement la lettre d'Antonin-le-Pieux, adressée à un

---

(1) C'est-à-dire, de la préfecture du gymnase. Cette charge du préfet du gymnase imposait des dépenses.

(2) C'est-à-dire, des provinces qui exigeaient quelques dépenses à raison des jeux où il fallait présider.

(3) Cette version a été corrompue. Il faudrait lire, *et neque stantes ad*, *etc.* Mais tout ce texte a été mal transcrit. Antoine Augustin le rétablit et lisant : *immunes esse*, *etc.* On entend par ces mots *hospitum receptio*, le logement des gens de guerre, et par les mots *frumenti atque olei emptio et præpositio*, la charge des approvisionnemens.

(4) C'est-à-dire, au nombre des parties de chaque ville, comme le pense Antoine Augustin.

epistola Antonini-Pii, quæ descripta quidem est communitati Asiæ, universo autem orbi conveniens est. Cujus capitulum hic subjectum est : « *Minores* quidem civitates possunt quinque me-
» dicos immunes habere, et tres sophistas, grammaticos totidem.
» *Majores* autem civitates, septem qui curent (1), quatuor qui
» doceant utramque doctrinam. *Maximæ* autem civitas decem me-
» dicos, et rheteros quinque, et grammaticos totidem. Supra hunc
» autem numerum, ne maxima quidem civitas immunitatem præ-
» stat. Decet autem maximo quidem numero uti metropoles gen-
» tium; secundo autem, quæ habent vel forum causarum, vel loca
» judiciorum; tertio autem, reliquas ». *d. l.* 6. §. 2.

Τουτον, etc. (id est) « excedere quidem hunc numerum non licet, neque sententia senatus, neque alia qua adinventione : minuere autem licet, quoniam pro civilibus muneribus apparet hoc tale factum ». *d. l.* 6. §. 3.

Περι δε των, etc. (id est) « de philosophis autem eadem constitutio divi Pii ita dicit : « *Philosophorum* autem non constitutus
» est numerus, quia rari sunt qui philosophantur : Existimo au-
» tem, quoniam qui divitiis superabundant, voluntarie tribuent
» pecuniam in utilitates patriæ; si autem proprie loquantur (2) de
» substantia, inde jam manifesti fient non philosophantes ». *d. l.* 6. §. 7.

3°. Denique ετι κακεινο, etc. (id est) « amplius et illud scire oportet, et eum (demum) qui in patria propria docet, aut medicetur, immunitatem hanc habere. Si enim existens Comanæus in Cæsarea doceat, aut medicetur, apud Comænenses immunitatem non habet. Et hoc ita promulgatum est a D. Severo et Antonino ». *d. l.* 6. §. 9.

XXXVIII. Τους μεν τοι, etc. (id est) « valde tamen disciplinis instructos, etsi supra numerum et in aliena patria moram faciant, esse immunes Paulus scribit; dicens D. Pium-Antoninum ita jussisse ». *d. l.* 6. §. 10.

Item τον εν Ρωμη, (id est) « Romæ philosophantem cum salario vel sine salario, remissionem habere, promulgatum est a D. Severo et Antonino, ita ac si in propria patria doceret. Quibus promulgationibus potest quis illam rationem adducere, quoniam in regia urbe, quæ et habetur et est *communis patria*, decenter utique utilem seipsum præbens, non minus quam in propria patria immunitate fruetur ». *d. l.* 6. §. 11.

XXXIX. Νομων δε, etc. (id est) « legum vero doctores in

(1) Id est, septem medicos.

(2) Rectius verteretur, *studiose contendant de pecuniis et re familiari.*

corps de ville d'Asie, mais applicable à tout l'empire. En voici les termes : « Les moindres villes peuvent avoir cinq médecins, trois » sophistes et autant de grammairiens, qui jouissent des immu- » nités accordées à leur profession libérale. Les grandes villes » peuvent avoir sept médecins exerçant l'art de guérir (1), et quatre » qui enseignent l'une et l'autre science; et les plus grandes peu- » vent avoir dix médecins, cinq rhéteurs, et autant de rhéteurs » et de grammairieus : mais, quelle que soit une ville, elle ne » peut pas accorder des immunités à un plus grand nombre. Toute- » fois, la métropole du monde peut en accorder à un plus grand » nombre; les villes qui ont un tribunal, au nombre moyen, et » les autres, au plus petit nombre ».

« Il n'est pas permis d'excéder ce nombre sous aucun prétexte, même d'une permission du sénat; mais on peut le diminuer, parce qu'il paraît être accordé en proportion de la fortune des citoyens ».

« Cette constitution d'Antonin-le-Pieux dit également, par rapport aux philosophes : « Le nombre de ceux qui enseignent la » philosophie n'est pas déterminé, parce que cette espèce de pro- » fesseurs est rare; mais je pense que ceux qui ont une grande » fortune, feront volontiers à cet égard des sacrifices à l'utilité de » leur patrie; et ceux qui s'en dispenseraient, prouveraient (2) » manifestement qu'ils ne seraient pas philosophes ».

3°. Enfin, « il faut encore savoir qu'il n'y a que ceux qui exer- cent cette profession ou celle de la médecine dans leur patrie, qui puissent prétendre à ce privilége; car si un habitant de Comana était professeur de médecine ou de philosophie à Césarée, il ne jouirait pas de l'immunité à Comana; ainsi l'ont décidé les empe- reurs Sévère et Antonin ».

XXXVIII. « Paul dit cependant que d'après un rescrit d'Anto- nin-le-Pieux, les professeurs de philosophie ou de médecine qui se trouveraient très-instruits, devraient jouir de cette immunité, bien qu'ils n'enseignassent pas dans leur patrie, ou qu'ils ne fussent pas du nombre accordé ».

« Les empereurs Sévère et Antonin ont décidé que celui qui professerait la philosophie à Rome avec ou sans salaire, jouirait de cette immunité, comme s'il enseignait dans sa patrie. D'après ces décisions, tous ceux qui professent avec utilité et distinction à Rome, qui est la commune patrie, doivent jouir de cette immu- nité comme enseignant dans leur patrie ».

XXXIX. « Mais ceux qui enseignent la science du droit dans une ville où il y a un tribunal, ne jouiront pas de l'immunité, et

(1) C'est-à-dire, la médecine.

(2) Il faudrait mieux traduire *studiose, etc.*

aliquo præsidatu docentes, remissionem non habebunt : Romæ autem docentes, a tutela et cura remittuntur ». *d. l.* 6. §. 12.

XL. « Ulpianus, libro singulari *de officio prætoris tutelaris*, ita scribit : « Athletæ habent a tutela excusationem, sed qui sacris » certaminibus coronati sunt ». *d. l.* 6. §. 13.

XLI. Ex constitutione Justiniani omnes clerici, modo ecclesiæ ministrent, et monachi qui non divaguntur, excusationem habent ab omnibus tutelis et curis. *l.* 52. *cod.* 1. 3. de episcop. et cler.

Novella CXXIII hoc jus confirmat, additque ut monachi et episcopati, nec si velint, possint esse tutores ; cæteris clericis permittatur excusare se, vel onus recipere.

§. V. *De privilegio quorumdam collegiorum ac municipiorum.*

XLII. Privilegium immunitatis tutelarum concessum est etiam certis corporibus et collegiis.

Sed « qui corporis, item collegii jure excusantur, a collegarum filiorumque eorum tutela non excusantur; exceptis his, quibus hoc specialiter tributum est ». *l.* 41. §. 3. Hermog. *lib.* 2. *juris epitom.*

« Plane ultra centesimum milliarium ab urbe, filiorum collegarum suorum tutelam suscipere non coguntur ». *l.* 42. Paul. *lib. sing. de cognit.*

« Non omnia tamen corpora, vel collegia vacationem tutelarum habent, quamvis muneribus municipalibus obstricta non sint; nisi nominatim id privilegium eis indultum sit ». *l.* 17. §. 3. Callist. *lib.* 4. *de cognit.*

XLIII. Quæ sunt autem illa corpora et collegia ?

1°. Fabri hoc privilegio gaudent : Ait enim Callistratus : « Eos qui in corporibus sunt, veluti fabrorum (1), immunitatem habere dicimus ».

« Etiam circa tutelarum exterorum hominum administrationem, habebunt, excusationem. Nisi si facultates (2) eorum adauctæ fuerint, ut ad cætera quoque munera publica suscipienda compellantur. Idque principalibus constitutionibus cavetur ». *d. l.* 17. §. 2.

(1) *Fabri* sunt artifices qui fabricandis aut reficiendis ædibus adhibentur : (*maçons*, *charpentiers*, *couvreurs*.) His artificibus in collegium coire Romæ concessum fuit. Ibi etiam alia fuere diversorum artificum collegia (*des corps de métiers*.) De his vid. *tit.* 22. *de colleg. et corpor.* infra, *lib.* 47. cum notis.

(2) Immunitas a publicis muneribus, his corporibus data est, quod tenuioris fortunæ hominibus constarent, et ne ab artibus utilibus, quibus victum sibi quærere necesse habebant, avocarentur. Quod si, auctis ipsorum facultatibus, jam facti sint obeundis muneribus publicis pares, minime ab his immunes esse debent.

ceux-là seuls qui professeront cette science à Rome, seront exempts de tutelle ou de curatelle ».

XL. « Ulpien dit : Les athlètes sont exempts de tutelle ; mais » c'est quand ils ont été couronnés dans les combats sacrés ».

XLI. Par une constitution de Justinien, tous les clercs, pourvu qu'ils servent à l'église, et les moines qui ne sortent pas de leurs monastères, sont exempts de toutes tutelles et curatelles.

La Novelle CXXIII confirme ce droit, et ajoute que les moines et les évêques ne pourront pas même accepter de tutelle ; mais que les autres clercs seront libres de les accepter ou de les refuser.

§. V. *Du privilége de certaines communautés et de certains corps de ville.*

XLII. L'exemption des tutelles a été pareillement accordée à certaines communautés et à certains corps de ville.

Mais « les membres d'une communauté ou d'un corps de ville, malgré ce privilége, ne peuvent pas se dispenser d'accepter la tutelle d'un de leurs collègues ou de ses enfans, à moins qu'ils n'aient d'autres motifs de dispense à faire valoir.

« Ils ne sont pas forcés d'accepter la tutelle des enfans d'un de leurs collègues, dont les biens sont situés à plus de cent milles de la ville de Rome ».

« Toutes les communautés et corporations ne sont cependant pas exemptes de tutelles, encore qu'elles ne soient pas soumises aux charges municipales, à moins qu'elles n'en aient obtenu une dispense expresse ».

XLIII. Quelles sont ces corporations et ces communautés ?

1°. Les artisans jouissent de ce privilége ; car Callistrate dit : Nous tenons que ceux qui sont membres des corps de métiers (1) ont des droits à cette immunité ».

« Et qu'ils sont même exempts de l'administration des biens étrangers, à moins que leurs facultés pécuniaires (2) ne se soient augmentées de manière qu'ils soient soumis aux charges publiques ; et ainsi l'ont décidé les constitutions des princes ».

---

(1) On entend ici par *ces membres de corps de médecins*, ceux qu'on emploie à bâtir ou à réparer des maisons, comme maçons, charpentiers, couvreurs, à qui on avait permis à Rome de former des corporations. Il y avait encore d'autres corps de métiers à Rome. Voy. le titre qui traite *des colléges et corporations*, ci-après *liv. 47*, et les notes.

(2) On avait donné aux membres de ces corps de métiers, l'exemption des charges publiques, à raison de leur peu de fortune, pour ne pas les empêcher de gagner leur vie à des trauvaux publiquement utiles ; mais ils cessaient d'en jouir dès qu'ils étaient asses riches pour supporter les charges publiques.

2°. « Mensores frumentarios (1) habere jus excusationis apparet ex rescripto divorum Marci et Commodi, quod rescripserunt præfecto annonæ ». *l.* 26. Paul. *lib. sing. de excusat.*

3°. « Qui in collegio pistorum sunt, a tutelis excusantur, si modo per semet pistrinum exerceant. Sed non alios puto excusandos, quam qui intra numerum sunt ». *l.* 46. Paul. *lib. sing. de cognit.*

« Urbici autem pistores a collegarum quoque filiorum tutelis excusantur ». *d. l.* 46. §. 1.

XLIV. « Inquilini castrorum (2) a tutelis excusari solent, nisi eorum qui et ipsi inquilini sunt, et in eodem castro eademque conditione sunt ». *l.* 17. §. 7. Callistr. *lib.* 4. *de cognit.*

XLV. Quibusdam etiam civitatibus privilegium hoc concessum est V. G. « Iliensibus (3) et propter inclitam nobilitatem civitatis et propter conjunctionem originis Romanæ, jam antiquitus et senatusconsultis et constutionibus principum plenissima immunitas tributa est, ut etiam tutelæ excusationem habeant : scilicet eorum pupillorum qui Ilienses non sint. Idque D. Pius rescripsit ». *d. l.* 17. §. 1.

§. VI. *De ea privilegii specie quæ uni ex libertis cujusque senatoris competit.*

XLVI. Una superest privilegii species, quæ non ipsi personæ, sed liberto ejus qui personæ negotia procurat, remissionem tutelarum tribuit.

Hoc privilegio gaudent senatores : sed circa unum libertum duntaxat, non circa plures. Ita enim Gordianus : « Ne senatorum quidem liberti (nedum cæterorum) propterea quia patronorum negotia gerunt, a muneribus civilibus habent immunitatem. Tantummodo etenim unus senatoris libertus, qui patroni negotia gerit, a tutela, sive cura vacationem habet ». *l.* 13. *cod. h. tit.*

Et quidem oportet ut ipsius patroni negotia gerat. Nam « libertus senatoris, filiorum ejus tutelam administrans, ab aliis tutelis non excusatur ». *l.* 43. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*

XLVII. Circa illud privilegium, duo observanda sunt.

1°. « Et quamvis libertinus, qui senatori patrono procurat, excusationem ab aliorum tutela habeat, iste tamen qui jus annu-

(1) *Mensores;* qui apud nos (*les mesureurs des halles et marchés.*)

(2) *Inquilini castrorum* hic esse videntur homines conditione sua adscripti custodiæ alicujus castri aut castelli. Sicut in *l.* 112. *ff. lib.* 20. *tit.* 1. *de legatis* 1°. *Inquilini prædiorum* dicuntur, qui culturæ prædii adscripti sunt.

(3) Trojanis.

2°. « Il paraît que les mesureurs des halles et marchés (1) jouissaient de cette dispense en vertu d'un rescrit de Marc et de Commode, adressé au préfet des approvisionnemens ».

3°. « Les membres de la communauté des boulangers sont exempts de tutelle, s'ils exercent cette profession par eux-mêmes; mais je pense que ceux qui ne sont pas du nombre nécessaire à la ville, n'en sont pas exempts ».

« Les boulangers de la ville sont également exempts de la tutelle des enfans de leurs confrères ».

XLIV. « Les concierges des châteaux (2) ont coutume d'être exempts de toutes tutelles, excepté de celles des enfans des autres concierges du même château ».

XLV. Ce privilége a été pareillement accordé à certaines villes, par exemple, « aux Troyens (3), à qui les sénatus-consultes et les constitutions des princes avaient anciennement accordé de grandes immunités, à cause de l'illustration de leur ville et de leur origine romaine, lesquels étaient aussi exempts de tutelle, par rapport à ceux qui n'étaient pas Troyens, comme on le voit par un rescrit d'Antonin-le-Pieux ».

§. VI. *De l'espèce de privilége accordé à un des affranchis de chaque sénateur.*

XLVI. Il y a encore une espèce particulière d'exemption de tutelle en faveur, non de la personne elle-meme, mais de l'affranchi qu'elle a chargé de l'administration de ses affaires.

Les sénateurs jouissent de ce privilége, mais seulement pour un de leurs affranchis, et non pour plusieurs; car Gordien dit : « Les affranchis des sénateurs, et encore moins ceux des autres, ne sont pas exempts des charges publiques, parce qu'ils font les affaires de leurs patrons; il n'y a qu'un seul des affranchis d'un sénateur que cette raison dispense de tutelle et de curatelle ».

Et il faut même qu'il fasse les affaires de son propre patron; car « l'affranchi d'un sénateur administrant la tutelle de ses enfans, n'est pas exempt d'autres tutelles ».

XLVII. Il y a deux choses à observer par rapport à ce privilége.

1°. « Encore que l'affranchi d'un sénateur soit exempt d'autres tutelles lorsqu'il administre les affaires de son patron, il n'en se-

(1) Ce que nous appelons dans notre langue *les mesureurs des halles et marchés.*

(2) Par *inquilini castrorum*, on entend ici ceux qui étaient attachés à la garde de quelques châteaux, comme dans la *l.* 112. *ff. tit. des legs* 10. On appelait *inquilini prædiorum* ceux qui étaient volontairement attachés à la culture d'une terre.

(3) Aux habitans de l'ancien territoire de Troie.

lorum impetravit, quia in ordinem ingenuorum transit, tali excusatione uti non posset ». *l.* 44 §. 3. Tryphon. *lib.* 2. disput.

2°. Απελευτεροι, etc. (id est) « liberti uxorum senatorum unius, etsi res eorum disponunt (1), non absolvuntur tamen a tutelis : hoc enim masculorum senatorum libertis solum concessum est ». *l.* 15. §. 8. Modest. *lib* 6. *excusat.*

ARTICULUS V.

De excusationibus curæ adultorum propriis.

XLVIII. Propria adultorum curæ est hæc excusationis causa, de qua rescribunt Dioclet. et Maxim. « Curator adultis nominatus, quorum tutor antea fueras, invitus in administratione teneri non potes : Proinde, si dies excusationibus præfinitus nondum excessit, uti competenti defensione potes ». *l.* 20. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

Maritus aut socer, si sponsæ nuruive detur curator, excusare se non solum potest, sed debet, ut vid. *lib. præced. t.* 5. de tut. et cur. dat.

ARTICULUS VI.

Quæ causæ excusationem non tribuant ?

XLIX. 1°. « Coloni, id est conductores prædiorum ad fiscum pertinentium, hoc nomine excusationem a muneribus civilibus non habent; ideoque injunctæ tutelæ munere fungi debent ». *l.* 8. *cod. h. tit.* 5. 62. Alexander.

Item ο τελη, etc. (id est) « qui vectigalia conduxit a civitatibus (2), non excusatur a cura ». *l.* 15. §. 10. Modest. *lib.* 6. *excusat.*

2°. Μηδε λιβραριους, etc. (id est) « neque librarios, neque calculatores (3) quos vulgo *rationarios* dicimus, habere immunitatem dicunt divorum constitutiones ». *d. l.* 15. §. 5.

---

(1) Cujacius ad *h. l.* notat hanc versionem vitiosam esse, et verti oportere : *liberti uxorum senatoriarum, etsi res earum procurent, etc.*

(2) Secus de his qui fisci vectigalia conduxerunt. Quum enim major sit fisci favor, excusantur a tutelis et cæteris muneribus : *l.* 8. §. 1. *ff.* 50. 5. *de vocat. et excus. mun.* Scilicet ne eorum facultates quæ fisco sunt obligatæ, extenuentur, ut dicetur in *l.* 5. §. 10. *ff.* 50. 6. *de jur. immunit.*

(3) *Librarii* sunt, qui libros exscribunt et concinnant, dicti a libro, id est cortice arboris, quo antiquissimis et rudioribus sæculis homines ad scribendum utebantur.

Calculatores sunt, qui rationibus conficiendis adhibebantur, ita dicti a calculis quibus utebantur. Erant autem calculi, minuti lapilli : (*des jetons.*) Ant. August.

rait cependant pas ainsi s'il avait obtenu le droit des anneaux d'or, par lequel il serait assimilé aux ingénus ».

2°. « L'exemption de tutelle n'est pas accordée aux affranchis des femmes de sénateurs dont ils font les affaires (1), parce que ce privilége n'est accordé qu'aux affranchis des sénateurs ».

ARTICLE V.

Des dispenses propres à la curatelle des adultes.

XLVIII. Il y a une cause particulière de dispense pour la curatelle des adultes, et que Dioclétien et Maximien spécifient dans un rescrit : « Vous ne pouvez pas être tenu malgré vous d'accepter la curatelle d'adultes dont vous avez été tuteur : ainsi, pourvu que vous ayiez proposé en tems utile ce moyen de vous en dispenser, vous devez en être déchargé ».

Si l'on a donné pour curateur un beau-père ou un mari à leur fiancée ou leur belle-fille, non-seulement ils peuvent, mais encore ils doivent s'en faire dispenser, comme on l'a vu dans le livre précédent, au titre qui traite *de ceux qui sont donnés pour tuteurs ou curateurs par, etc.*

ARTICLE VI.

Des causes qui ne dispensent pas.

XLIX. 1°. « Les colons ou fermiers des terres appartenant au fisc, ne sont pas pour cela dispensés des charges civiles, ni par conséquent de tutelles ».

Et « les fermiers des octrois d'une ville ne sont pas non plus exempts de curatelle (2) ».

2°. « Les constitutions des Empereurs disent aussi que les libraires (3) et les calculateurs, que nous appelons vulgairement *faiseurs de comptes*, ne jouissent pas de ce privilége ».

---

(1) Cujas, sur cette loi, observe que cette leçon est vicieuse, et qu'il faut lire : *liberti uxorum, etc.*

(2) Il en est autrement des fermiers du fisc, qui, à raison de la faveur due au fisc, sont exempts de tutelles et de toutes autres charges, d'après la *l.* 8. §. 1. *ff. sur l'exemption ou la dispense des charges*, afin que leurs biens hypothéqués au fisc ne soient pas diminués, dit la *l.* 5. §. 10. *ff. sur le droit d'immunité.*

(3) On appelait *librarii* ceux qui transcrivaient et reliaient les livres, du mot *liber*, écorce sur laquelle on écrivait dans les siècles barbares.

Et *calculatores*, ceux qu'on employait à faire des comptes, du mot *calculi*, des jetons.

3°. Pariter « geometræ (1) a tutelis non vacant ». *l.* 22. Scæv. *lib.* 1. regul.

4°. Idem « domini navium non videntur haberi inter privilegiarios, ut a tutelis vacent. Idque D. Trajanus rescripsit ». *l.* 17. §. 6. Callist. *lib. de cognit.*

Scilicet, quum non sunt ex corpore navicularioruin, et ipsi naves suas non exercent, sed aliis exercendas locant. De navicularii autem, id est, illis hominibus qui navibus aut propriis, aut conductis, annonam et merces in urbem advehunt, ita Arcadius et Honorius : « Excusationem navicularii tutelæ sive curæ, hactenus ipsis tribuimus, ut in hujusmodi officiis, minoribus sui tantum corporis obligentur ». *l.* 24. *cod.* 5. 62. *h. t.*

L. Et generaliter ο λαβων, etc. (id est) « qui accepit, vel habet immunitatem civilium vel publicorum munerum, hic a tutela, vel cura non excusabitur ». *l.* 15. §. 12. Modestinus, *lib.* 6. *excusat.*

LI. Illud patet quod ο φασκων, etc. (id est) « qui dixerit se ipsum ignotum esse patri, aut matri pupilli, ea de causa liberandus non est ». *d. l.* 15. §. 14.

LII. Ο πολλα, etc. (id est) « qui jura multa poterit dicere, quorum unumquodque per se ipsum satis validum non est, an possit excusari quæsitum est? Puta, septuaginta quis annorum non est, neque tres habet tutelas, sed neque quique filios, aut aliquod aliud jus remissionis; habet nimirum duas tutelas, aut duos filios, et sexaginta annorum est, aut alia quædam talia dicit; per se ipsa quidem perfectum auxilium non præbentia, quæ tamen si invicem conjuncta sint, justa appareant? Sed visum est hunc non excusari ». *d. l.* 15. §. 11.

Hoc est quod rescribunt Severus et Antoninus : « Sed imperfectæ diversæ species vacationis (2), licet permixtæ, ad excusationem non proficiunt. Scire igitur debes, eum qui duos filios habet, et duas tutelas administrat, excusationem non mereri ». *l. un.* §. 1. *cod.* 5. 69. *qui numero tutelar.*

CAPUT SECUNDUM.

De causis quæ temporariam duntaxat excusationem præbent a tutela, vel cura, vel quæ a certa tantum administrationis parte liberant.

ARTICULUS I.

Quæ causæ excusent ad tempus?

Ei qui ad certum tempus tutelæ vel curæ vacare (saltem

(1) *Geometræ*, idem quod agri mensores (*arpenteurs.*)

(2) Supple, *causæ*. Sensus est, plures vacationis a tutela causas seu rationes, diversas invicem specie, in eadem persona permixtas et concurrentes, sed quæ singulæ *imperfectæ* sint, non proficere ad excusationem.

3°. « Les arpenteurs (1) ne sont pas non plus exempts de tutelle ».

4°. « Les priviléges des propriétaires de barques ne sont pas non plus censés s'étendre jusqu'à l'exemption de tutelles ; ainsi l'énonce Trajan dans un rescrit ».

La raison en est qu'ils ne sont pas compris au nombre des bateliers ; qu'ils ne conduisent pas eux-mêmes leurs bateaux, et qu'ils les font conduire par d'autres. Honorius et Arcade disent par rapport aux bateliers, c'est-à-dire, à ceux qui conduisent du blé ou des marchandises à Rome, sur des bateaux qui leur appartiennent, ou dont ils ne sont que locataires : « Nous accordons aux bateliers la dispense de tout autre tutelle ou curatelle, que celle des enfans des membres de leur corporation ».

L. Et en général «celui qui a obtenu ou a de droit une exemption des charges publiques ou civiles, n'est dispensé ni de la tutelle ni de la curatelle ».

LI. Il est évident que « celui qui prétend n'avoir été connu ni du père ni de la mère du pupille, ne doit pas pour cela être déchargé de sa tutelle ».

LII. « On a demandé s'il fallait dispenser d'une tutelle celui qui en alléguait plusieurs raisons, mais toutes insuffisantes ; par exemple, s'il alléguait qu'il a déjà deux tutelles, qu'il a deux enfans, qu'il a soixante ans, ou autres raisons semblables, lesquelles ne forment pas des dispenses suffisantes, puisqu'il faut avoir soixante-dix ans, trois tutelles, cinq enfans, ou un privilége spécial, mais qui, toutes réunies, semblent devoir former un motif plausible de dispense. Il a été décidé qu'il n'était point dispensé ».

C'est ce que disent Sévère et Antonin dans un rescrit : « Plusieurs raisons de dispenses insuffisantes (2), ne forment pas une dispense. Vous devez donc savoir que l'individu qui a deux fils, et gère deux tutelles, ne doit pas pour cela être dispensé de la troisième ».

CHAPITRE II.

Des causes qui exemptent de la tutelle et de la curatelle pour un tems seulement, et de celles qui dispensent d'une partie de l'administration de cette tutelle ou curatelle.

ARTICLE I.

Des causes qui en dispensent pour un tems.

On dispense pour un tems d'une tutelle ou curatelle, celui que

(1) *Geometræ*, sont les mêmes que *agri mensores*, arpenteurs.

(2) Ajoutez *causæ*. Le sens est que plusieurs causes de dispenses différentes, réunies dans la même personne et concourant ensemble, mais toutes insuffisantes, ne peuvent pas l'exempter de la tutelle.

facile) non posset, tribuitur ex certis causis temporalis excusatio.

Prima causa. — *Morbus temporaneus.*

LIII. Εαν τις ουτως, etc. (id est) « si quis ita ægrotus fuerit, ut oporteat eum non omnino dimitti a tutela, in locum ejus curator interim dabitur : sanatus autem hic rursus recipiet tutelam. Si quis autem in insaniam inciderit, similis est huic. Et ita Ulpianus scribit ». *l.* 10. § 8. Mod. *lib.* 3. *excus.*

« Idem Ulpianus scribit : Sed in hoc rescripto adjectum est, *solere* vel ad tempus vel in perpetuum excusari, prout valetudo est qua adficitur. Furor autem non in totum excusat, sed efficit ut curator interim detur ». *l.* 12. Mod. *lib.* 3. *excus.*

Secunda causa. — *Ætas minor viginti quinque annis.*

LIV. Εαν απελευθερος, etc. (id est) « si libertus impubes (1) dabitur a patrono, tutor filiis suis, vel alius quicumque minor viginti-quinque annis; donec quidem impubes fuerit, non molestabitur. Interim autem alter in locum ejus creabitur curator (2). Similis est huic et legitimus tutor, si impuberem esse contigerit; etenim in locum ejus curator interim (3) dabitur ». *l.* 10. §. 7. Mod. *lib.* 3. *excus.*

Tertia excusationis temporariæ species : — *Absentia reipublicæ causa.*

LV. Hinc ita rescribit Gordianus : « Qui tutores vel curatores dati, reipublicæ causa abfuturi sunt, ad tempus se excusare debent a tutela; ne etiam medii temporis periculo obstringantur. Quod quidem si tu fecisti, ejus intervalli quo abfuisti, periculum non debes pertimescere : quod si id prætermisisti, ut priore loco is conveniatur qui administravit, de jure postulabis ». *l.* 1. *cod.* 5. 64. *si tut. vel cur. reip. caus. aberit.*

LVI. Nec solum ad tempus, quo durabit absentia, excusatio prodest; sed etiam « certum est eos, qui reipublicæ causa abesse de-

(1) Modestinus usus est verbo ἡλικος quod Ant. Augustinus monet vertendum fuisse *minor*, non (ut in vulgari versione) *impubes*.

(2) Cujacius verti *tutor*. Nam minor testamento tutor datus, non est tutor donec major sit; debet igitur interim alius tutor dari. Vox Græca qua usus est Modestinus (κηδεμων) ambigua est, et tam tutorem quam curatorem significat.

(3) *Curator*, non *tutor*. Nam jure Pandectarum, is minor erat ipso jure tutor legitimus; ut videb. *lib.* præced. *tit.* 3 *de tutelis* : adeoque interim non *tutor* jam tutorem habenti pupillo, sed *curator* dabatur.

des causes valables semblent empêcher d'y vaquer pendant un certain tems, ou ne le lui permettre que très-difficilement.

Première cause de cette dispense. — *Une maladie passagère.*

LIII. « Si un individu est tellement malade qu'on ne doive pas le dispenser entièrement de la tutelle, on nommera un curateur pour la gérer jusqu'à ce qu'il soit rétabli de sa maladie, et alors il en reprendra la gestion. Il en sera de même, suivant Ulpien, de celui qui tomberait en démence ».

Le même jurisconsulte dit que le rescrit porte, « qu'il est d'usage de dispenser un malade pour un tems ou à perpétuité, d'après le caractère de sa maladie; mais que la folie n'étant point un motif de dispense perpétuelle, donne seulement lieu à substituer un curateur pour un tems ».

Deuxième cause. — *La minorité de vingt-cinq ans.*

LIV. « Si un patron donne pour tuteur à son fils un affranchi impubère (1), ou tout autre mineur âgé de moins de vingt-cinq ans, ce tuteur ne sera pas tenu de gérer tant qu'il sera impubère; mais on lui substituera un curateur dans l'intervalle (2); il en sera de même à l'égard d'un tuteur légitime s'il est impubère. On donnera aussi un curateur au pupille jusqu'à ce qu'il ait atteint sa majorité (3) ».

Troisième cause d'une dispense temporaire. — *L'absence pour le service de la république.*

LV. C'est pourquoi Gordien dit dans un rescrit : « Ceux qui ayant été donnés pour tuteurs ou curateurs, sont obligés de s'absenter pour le service de la république, doivent se faire dispenser pour un tems de la tutelle ou de la curatelle, afin de n'être pas responsables de l'administration qui aura lieu pendant leur absence. Si vous vous êtes conformé à cette règle, vous n'avez rien à craindre pour ce qui s'est fait en votre absence; mais s'il en est autrement, vous pouvez seulement demander qu'on actionne avant vous celui qui a administré pour vous ».

LVI. Cette dispense peut être utilement invoquée, non-seulement pour tout le tems de l'absence, mais encore « il est certain

(1) Modestinus s'est servi du mot ἀφηλίκος, que Antoine Augustin dit qu'il faut traduire par *minor*, et non comme la Vulgate par *impubes*.

(2) Cujas traduit *tutor*; parce que par le droit des Pandectes, un mineur donné pour tuteur par testament, ne l'est qu'à sa majorité, et il en faut donner un autre en attendant. Le mot grec κηδεμών, dont s'est servi Modestinus, signifie également un tuteur et un curateur.

(3) Un curateur et non tuteur; car par le droit des Pandectes ce mineur était de droit tuteur légitime, comme on l'a vu au titre *des tutelles*, et par conséquent on ne donnait pas un tuteur au pupille qui en avait déjà un, mais seulement un curateur.

sierunt, ab omni nova tutela anno vacare debere ». *l.* 2. *cod. d. t.* Gord.

Hoc ita circa novas tutelas obtinet. Verum ας μεντοι, etc. (id est) quas denique prius habebant tutelas, propter hoc autem deposuerunt, quoniam publici negotii gratia abibant, has, quum reversi fuerint, confestim recipient, nihil eis auxiliante anno : Annus enim ad futuras, novasque datur, non ad eas quæ resumi debent ». *d. l.* 10. §. 2.

Ενιαυτος, etc. (id est) « annus autem copulatorum dierum scrutabitur, ex quo quis reversus est, rectam viam dirigens, vel dirigere debens, non eam quæ est ex circuitibus ». *d. l.* 10. §. 3. Modest. *lib.* 3. *excus.*

LVII. Ex dictis emergit quæstio.

Titius filiis meis, quoad reipublicæ causa non aberit, tutor esto. Gessit tutelam ex testamento delatam : deinde reipublicæ causa abesse cœpit et desiit. An quasi nova tutela nunc delata excusari debeat, etiam ob absentiam reipublicæ causa ? An, quia præcessit testamentum absentiam ob publicam causam, et est ab eo jam administrata tutela, non oporteat eum excusari ? Quid si liberos interea susceperit, aut aliam excusationem paravit ? Magis est ut hæc una tutela sit : ideo nec excusationem ei competere, nec agi *tutelæ* ob prius tempus posse ». *l.* 45. Tryphon. *lib.* 13. disput.

« Sed si ita scriptum in testamento fuit : « *Titius tutor esto ; quum reipublicæ causa aberit, tutor ne esto ; quum redierit, tutor esto :* quid de excusatione aut ob absentiam reipublicæ causa, aut aliam quam post obvenit, dici oporteat videamus ? Præcedit autem alia quæstio : Testamento ex die, vel sub conditione tutores dati, an se excusare ante diem, conditionemve necesse habeant ? Et imprimis an jam dies quinquaginta (1) eis cedant, intra quos necesse est causas excusationis exercere ? Sed verum est non ante esse tutorem, quam dies venerit ; nam nec antequam adita sit hereditas ; quia igitur ex eodem testamento jam gesta fuit tutela ; et qui excusatus est alias, abfuturus reipublicæ causa, reversus continuo

(1) Vid. infra *n.* 71.

que ceux qui ont été absens pour le service de la république doivent être exempts de toutes nouvelles tutelles pendant l'année de leur retour ».

Il en est ainsi pour les tutelles qui leur seraient déférées de nouveau ; mais « ceux qui étaient chargés d'une ou de plusieurs tutelles, dont ils se sont fait dispenser, à raison de leur absence pour les affaires, doivent en reprendre l'administration dès quils sont de retour, et non après l'année, délai qui ne leur est accordé que pour les nouvelles tutelles qui pourraient leur être déférées ».

« Cette année d'exemption de nouvelles tutelles se compte même du jour qu'ils auraient été de retour par la voie la plus courte et non par une voie détournée ».

LVII. Ce qu'on vient de dire donne lieu à la question suivante.

« Quelqu'un a dit dans son testament, *que Titius soit tuteur de mes enfans, tant qu'il ne sera pas absent pour le service de la république.* Titius a géré la tutelle qui lui avait été déférée par ce testament; il a été ensuite absent pour le service de la république, et il est revenu de sa mission. On demande si son absence doit le faire dispenser de reprendre l'administration de cette tutelle, comme elle le ferait dispenser d'en accepter une autre pour la même cause ; c'est-à-dire, si le testament ayant précédé l'absence qu'il a faite pour les affaires publiques, il ne doit pas être déchargé de cette tutelle comme l'ayant déjà administrée, et ce qu'il faudrait dire s'il lui était survenu dans cet intervalle un nombre d'enfans suffisant pour déterminer son exemption, ou quelqu'autre cause de dispense. Le mieux est de dire que cette tutelle doit être comptée pour une seule et même tutelle, que par conséquent il n'en doit pas être dispensé parce qu'il l'a déjà administrée avant son absence ».

« Mais si le testateur avait dit, *que Titius soit tuteur de mes enfans, qu'il ne le soit pas lorsqu'il sera absent pour le service de la république ; qu'il le soit de nouveau lorsqu'il sera de retour*, voyons ce qu'il faudrait dire de la dispense résultante de son absence pour le service de la république, ou d'une absence qu'il aurait faite pour tout autre cause. Il faut préalablement examiner si des tuteurs donnés à termes ou sous des conditions, peuvent être dispensés avant ce terme ou avant l'accomplissement de cette condition; et surtout s'ils ont cinquante jours (1) pour faire valoir leurs allégations de dispense. Mais il est vrai de dire qu'ils ne sont tuteurs qu'après le terme prescrit; car ils ne le sont non plus qu'après l'acceptation de la succession. La tutelle ayant donc été gérée en vertu du même testament, et celui qui s'en est excusé

(1) Voyez ci-après *n.* 71.

hæret titulis ante susceptis, etiam intra annum (1). Sed hic ex ipso testamento desierat esse tutor, et ideo ex secunda tutela excusare se potest ». *d. l.* 45. §. 1.

LVIII. Observandum superest, absentes reipublicæ causa, hic generalissime accipi. Igitur ου μονον δε, etc. (id est) « non solum autem qui ad caligatas militias et reliquas primipilarii militaverunt, sed et qui qualitercumque necessitatis publicæ, plebis Romanorum gratia, absentes fuerunt, anni habent vacationem post reversionem ». *l.* 10. Mod. *lib.* 3. *excus.*

Ο μεν τοι, etc. (id est) « annus denique hic non solum his qui compleverunt consuetum militiæ tempus, in reliquis publicis necessitatibus datur, sed et his, qui qualitercumque quieverunt a publica necessitate, et reversi sunt; etsi minus tempus eo quod constitutum est, consummaverunt ». *d. l.* 10. §. 1.

LIX. Sed et « eorum qui reipublicæ causa absunt, comites, qui sunt intra statutum numerum, de tutela quæ absentibus, vel profecturis delata est, excusantur : nam susceptam antea non deponunt ». *l.* 41. § 2. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*

Quarta causa temporariæ excusationis : — *Quorumdam honorum aut munerum gestio.*

LX. Εθνους, etc. (id est) « gentium præsidatus (2) puta Asiæ, Bythiniæ, Cappadociæ, tribuit immunitatem a tutelis hoc est, quoad in præsidatu sunt ». *l.* 6. §. 14. Modestinus, *lib.* 2. *excusat.*

Item αφιενται, etc. (id est) « remittuntur a tutela et cura magistratus civitatum ». *d. l.* 6. §. 16.

Scilicet si jam quum creantur, magistratum exerceant. Cæterum, « propter magistratum quem in municipio quis erat administraturus, tutelæ excusationem non habere, respondi ». *l.* 23. Ulp. *lib.* 2. resp,

« Et sane notum est quod gerentibus honorem, vacationem tutelarum concedi placuit : vacare autem eos, qui tunc primum vocentur ad suscipiendum officium tutelæ : cæterum, eos qui jam se miscuerint administrationi, ne tempore quidem magistratus vacare æque notum est ». *l.* 17. §. 5. Callist. *lib.* 4. *de cog.*

---

(1) Supple : non ideo in hac postrema specie excusatio ei reverso deneganda est : tunc enim reverso denegatur quum eadem est tutela. *Sed hic, etc.*

(2) Id est, sacerdotium. Qui his muneribus fungebantur, præerant ludis.

étant d'ailleurs obligé de la gérer de nouveau après une absence pour le service de la république, et même avant l'expiration de l'année (1); mais ceux dont il s'agit ayant cessé d'être tuteurs en vertu des dispositions du testament, on peut dire qu'ils seront admis à s'en faire dispenser comme d'une nouvelle tutelle ».

LVIII. Il reste à observer que la dénomination d'absent pour le service de la république est susceptible d'une acception très-étendue, et qu'ainsi, « non-seulement ceux qui avaient servi dans les compagnies des centuries, mais encore ceux qui avaient été absens pour un service quelconque du peuple romain, étaient exempts de tutelle pendant un an après leur retour ».

« Enfin, cette année d'exemption était accordée, non-seulement à ceux qui avaient servi dans les armées pendant le tems prescrit; mais encore à ceux qui avaient été de quelque manière que ce fût, employés pour le service public, bien qu'ils l'eussent été moins de tems qu'ils n'auraient dû l'être ».

LIX. Et même « ceux qui, soit en qualité de subdélégués, d'assesseurs, accompagnaient les magistrats absens pour le service de la république, pourvu qu'ils n'excédassent point le nombre déterminé par les lois, étaient exempts des tutelles qui leurs étaient déférées au moment de leurs départs, ou pendant leurs absences; mais ils n'étaient pas déchargés de celles qui leur avaient été déférées auparavant ».

Quatrième cause d'une dispense temporaire. — *L'exercice de certains honneurs ou de certaines charges*

LX. « Les présidens des provinces (2), par exemple, de l'Asie, de la Bythinie, de la Cappadoce, étaient exempts de tutelle; mais seulement pendant la durée de leur présidence ».

« Les magistrats des villes sont aussi exempts de tutelle et de curatelle ».

C'est-à-dire, s'ils exercent leur magistrature lorsque la tutelle leur est déférée, car « j'ai répondu que la dispense de tutelle ne devrait pas avoir lieu en faveur de celui qui était seulement destiné à remplir les fonctions de magistrat municipal ».

Et « il est notoire que l'exception de tutelle a été accordée à ceux qui exerçaient actuellement une charge honorifique, ou étaient appelés à l'exercer lorsque la tutelle leur était déférée; mais il est également notoire que ceux qui s'immiscent dans l'administration d'une magistrature, ne jouissent pas de cette dispense même pendant l'exercice de leur magistrature ».

(1) Ajoutez que dans cette dernière espèce on ne doit pas pour cela lui refuser l'exemption de la tutelle après son retour, parce que ce refus n'a lieu que lorsque c'est la tutelle, et que dans cette espèce, etc.

(2) C'est-à-dire, le sacerdoce. Ceux qui exerçaient ces espèces de charges présidaient aux jeux publics.

Quod de honoribus diximus, non trahe ad ædilitatem. Enimvero « is qui ædilitate fungitur, potest tutor dari. Nam ædilitas inter eos magistratus habetur, qui privatis muneribus excusati sunt (1), secundum D. Marci rescriptum ». *d. l.* 17. §. 4.

LXI. Item « hi quibus princeps curam alicujus rei injunxit, excusantur a tutela, donec curam gerunt ». *l.* 22. §. 1. Scæv. *lib.* 2. regul.

Et quidem administrantes rem principum, ex indulgentia eorum (licet citra (2) codicillos), a tutela, itemque cura, tempore administrationis delata, excusantur ». *l.* 41. Hermogen. *lib.* 2. *juris epit.*

« Idemque custoditur in his qui præfecturam annonæ vel vigilum gerunt ». *d. l.* 41. §. 1.

Denique (ut rescribit Alexander) « exactores tributorum tanto tempore, quanto rationem tributariam tractaverint, non solum ab oneribus, sed etiam a tutelis vacationem habere, dubitare non debuisti ». *l.* 10. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

ARTICULUS II.

De ea excusationis specie qua quis non a tota tutela, sed a certa parte administrationis liberatur.

LXII. « Licet datus tutor, ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat; nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit. Et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia præsides ejus ». *l.* 21. §. 2. Marc. *lib.* 2. instit.

Similiter « illud usitatissimum est, ut his qui in Italia domicilium habeant, administratio rerum provincialium remittatur ». *l.* 19. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Nec senatores ultra centesimum lapidem urbis, tutelam gerere coguntur ». *l.* 21. §. 3. Marc. *lib.* 2. inst.

« Et de his casibus nota : « Habenti ergo tutorem tutor datur, sed aliarum rerum, non earumdem datur ». *d. l.* 21. §. 4.

Consonat quod rescribunt Severus et Antoninus : « Si curatores dati estis generaliter, nec decreto significatum est italicarum tantum rerum vobis munus injunctum, adire debetis competen-

(1) Non a tutela. Nec enim quisquis a muneribus excusatur, ideo et a tutela. Supra *n.* 50.

(2) *Codicillos* hic intellige, principis diploma.

Ce que nous venons de dire des charges honorifiques ne s'étend pas à celles des édiles. En effet, « celui qui exerce une charge d'édile peut-être donné pour tuteur; car, suivant le rescrit de Marc-Aurèle. La charge d'édile est mise au nombre de celles qui dispensent seulement des charges privées (1) ».

LXI. « Ceux à qui le prince à donné des ordres à remplir, sont exempts de tutelle jusqu'à ce qu'ils les aient remplies ».

Et même « ceux qui font les affaires du prince sont, par le fait et sans brévet (2), exempts des tutelles et curatelles qui leur seraient déférées pendant l'intervalle de leur administration ».

« Il en est de même de ceux qui exercent les fonctions de directeur des approvisionnemens, ou de préfet des gardes de nuit ».

Enfin, comme le dit un rescrit d'Alexandre, « vous n'avez pas dû douter que les percepteurs des impositions ne fussent exempts, non-seulement des charges publiques, mais encore de tutelles pendant la durée de leurs fonctions ».

ARTICLE II.

De l'espèce de dispense qui décharge un tuteur de l'administration de sa tutelle, non pas en entier, mais seulement en partie.

LXII. « Quoi qu'un tuteur soit donné pour tous les biens du pupille, il peut cependant se dispenser d'administrer ceux qui seraient au-delà de la centième borne milliaire, à moins que le patrimoine de ce pupille ne fût tout entier dans la même province; c'est pourquoi le président de la province plus éloignée, et dont la jurisdiction s'étendrait aux lieux où se trouverait située une partie des biens, donnera des tuteurs de cette province pour ces derniers ».

« Il est également reçu dans l'usage, de dispenser ceux qui ont leur domicile en Italie, de l'administration des biens situés dans les provinces ».

« Les sénateurs ne peuvent pas non plus être forcés de gérer une tutelle au-delà de la centième borne milliaire ».

Observez sur tous ces cas « qu'on donne un tuteur à celui qui en a déjà un, mais non pas pour l'administration des mêmes biens ».

A quoi est conforme ce que disent Sévère et Antonin dans un rescrit, « si vous avez été donnés d'une manière générale pour curateurs, et qu'il ne soit pas énoncé dans le décret que vous serez

(1) Et non de la tutelle; car tous ceux qui jouissaient du droit d'immunité n'étaient pas pour cela exempts de tutelle. Voyez ci-dessus, *n.* 50.

(2) Par *codicilles* on entend ici le diplôme du prince.

tem judicem, ut vos a provinciali administratione liberet. Quod si factum fuerit, petent sibi in provincia curatores adolescentes ». *l.* 2. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

SECTIO II.

Quibus liceat excusatione uti, et quæ intervenire debeant ut excusatio pariat tutelæ remissionem?

ARTICULUS I.

Quibus liceat, nec ne, uti excusationibus supra enumeratis?

§. I. *Generalia quædam proponuntur et omnibus personis communia, et quibus quæri potest an excusatio admittenda sit, nec ne?*

LXIII. Non prohibentur se excusare, etiam qui sunt ex necessariis personis pupilli. V. G. « qui privilegio subnixus est, fratris curationem suscipere non cogitur ». *l.* 30. §. 2. Papin. *lib.* 5. respons.

LXIV. At vero ο τω πατρι, etc. (id est) « qui patri promisit se fore tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non potest, etsi aliter habet jus excusationis ». *l.* 15. §. 1. Modestin. *lib.* 6. *excusat.*

Non dissimilem ob rationem excusatio non recipitur in specie de qua ita Paulus: « Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse præsumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse, tamen, si idoneus esse adprobetur, non ex testamento (1), sed ex decreto tutor dandus est. Nec excusatio ejus admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris. *l.* 18. §. 1. *ff.* 48. 10. *de L. Corn. de fals. lib.* 3. sentent.

Multo minus licebit se excusare ei qui, jam delata sibi tutela, excusationi quæ sibi competebat renuntiavit, vel tacite; puta, incipiendo administrare tutelam.

Hinc Philippus: « Tutores quos, posteaquam bona pupillorum administraverunt, a præside provinciæ, quasi re integra, excusari se impetrasse adseveras, periculum administrationis evitare minime posse manifestum est ». *l.* 2. *cod.* 5. 63. *si tutor. vel cur. fals. allegat.*

(1) Quos quis enim sibi testamento adscribit, non valent et senatusconsulto Libeniano, de quo infra, *lib.* 48. *tit.* 10. *ad leg. Corn. de fals.*

seulement chargés des affaires d'Italie, vous devez vous adresser aux juges compétens pour vous faire décharger de celles d'une autre province. Si vous leur avez présenté votre requête à cet effet, vos mineurs demanderont qu'on leur donne des curateurs dans cette province ».

SECTION II.

De ceux qui peuvent invoquer des dispenses, et de ce qui doit intervenir pour qu'elles déterminent l'exemption de tutelle.

ARTICLE I.

A qui il est ou n'est pas permis d'user des dispenses ci-dessus énoncées.

§. I. *De quelques motifs de dispense généraux et communs à toutes sortes de personnes, à l'égard desquels on peut demander si la dispense doit ou ne doit pas être admise.*

LXIII. Il est permis de proposer des motifs de dispenses, même aux parens du pupille; par exemple, « celui qui a un privilége, n'est pas forcé d'accepter la curatelle de son frère ».

LXIV. Mais « celui qui a promis à son frère d'être tuteur de ses enfans, ne peut pas s'en faire dispenser, encore qu'il en eût eu des motifs suffisans sans cette promesse ».

C'est pour une raison semblable que la dispense est refusée dans l'espèce sur laquelle Paul dit : « Celui qui a écrit le testament par lequel il était donné pour tuteur aux enfans du testateur, doit, non en vertu du testament (1) mais par décret, leur être donné pour tuteur, s'il est prouvé qu'il soit solvable, bien qu'il dût paraître suspect d'avoir recherché cette tutelle; et on ne doit pas accueillir ses allégations de dispense, parce qu'il est censé avoir consenti aux volontés du testateur ».

Sera plus difficilement encore admis à proposer des dispenses, celui qui, depuis que la tutelle lui a été déférée, a renoncé aux motifs de dispense qu'il avait, même tacitement; par exemple, s'il a commencé d'administrer la tutelle.

C'est pourquoi Philippe dit : « Il est évident que les tuteurs qui, comme vous l'exposez, après avoir administré les biens des pupilles, ont demandé, devant le président de la province, à être dispensés de la tutelle, ne peuvent pas se soustraire à la responsabilité résultante de l'administration de cette tutelle ».

---

(1) Parce que ce qui concerne dans un testament celui qui l'a écrit, est nul en vertu du sénatus-consulte Libonien, dont nous parlerons ci-après, *liv.* 48, aut titre de la loi *Cornelia, sur les faussaires.*

LXV. Ei cujus excusatio reprobata est non licet pro eadem tutela vel cura eamdem excusationis causam proponere.

Verum, « qui se vult excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur ». *l.* 21. §. 1. Marcian. *lib.* 2. institut.

§. II. *An et quando excusatio liberti admittatur a tutela filiorum patroni?*

LXVI. « Libertos a tutela vel cura liberorum patroni seu patronæ nullam excusationem impetrare posse amplissimus ordo, auctore D. Marco, censuit. Et ideo nec illud eis prodesse debet quominus curatores, etiam inviti, patroni seu patronæ liberis dentur; quod eorumdem tutelam administraverunt. *l.* 5. *cod.* 5. 62. *h. tit.* Alexander.

Εαν πολλοι, etc. (id est), « si plurium libertus fuerit, omnium (1) liberis tutor dabitur, et a tribus tutelis non absolvetur (2) ». *l.* 14. §. 4. Modestin. *lib.* 5. excusat.

Tamen, « si tanta corporis aut mentis valetudine ab agendis rebus libertus prohibeatur, ut ne suis quidem negotiis sufficiat, necessitati erit succurrendum : ne impossibile injungatur tutelæ munus, quod obiri a liberto non potest, cum incommodo pupilli, et adversus utilitatem ejus ». *l.* 45. §. 4. Tryphonin. *lib.* 13. disputat.

LXVII. Απελευθερον, etc. (id est), « libertum, quum de excusatione tutorum et curatorum tractatur, scire oportet non solum patris pupilli, sed et matris intelligi debere ». *l.* 14. Modestin. *lib.* 5. *excusat.*

Et quidem αλλα και, etc. (id est), « sed et si jus annulorum aureorum impetraverit, adhuc custodit libertorum ordinem (3), secundum hæc quæ scribit Marcus-Antoninus ». *d. l.* 14. §. 2.

At ο ιθιω, etc. (id est), « qui propria pecunia emptus et manumissus est, nequaquam connumeratur reliquis libertis ». *d. l.* 14. §. 3.

Item, « nequaquam credendum est ei privilegium excusationis ablatum, cui fidei commissaria libertas soluta est : nam in toto

(1) Ita legendum videtur. Vulgo *si plures liberti fuerint, unus omnibus libertis tutor., etc.* Vid. Cujacium ad *h. l.*

(2) Finge quatuor eum habere patronos, qui singuli liberos habeant tenebitur omnium tutelam suscipere, nec a tutela liberorum quarti patroni excusabitur, quod jam tres tutelas gerat.

(3) Hoc enim beneficium sic datur, ut patrono non nocesat.

LXV. Celui dont la dispense a été rejetée ne peut pas reproduire les mêmes moyens, à l'effet d'être déchargé de la même tutelle ou curatelle

Mais « si celui qui veut se faire dispenser d'une tutelle, bien qu'il ait eu plusieurs moyens de dispense, ne les a pas proposés tous; rien ne l'empêche de proposer ceux qu'il avait omis après ceux qui ont été rejetés, pourvu que ce soit dans le délai prescrit ».

§. II. *Si et quand on peut admettre la dispense d'un affranchi qui refuse d'être tuteur des enfans de son patron.*

LXVI. « Suivant un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle, les affranchis ne peuvent être dispensés de la tutelle des enfans de leur patron, ou de leur patronne, sous aucun prétexte. Ils alléguéraient donc envain qu'ils en auraient été tuteurs pour se dispenser d'en être les curateurs, même malgré eux ».

« Si l'on a donné l'affranchi de plusieurs patrons pour tuteur aux enfans de chacun d'eux (1), il ne peut pas se dispenser de la tutelle du quatrième, quoiqu'il administre déjà celles des trois autres (2) ».

Cependant, « si la santé ou les talens d'un affranchi le rendent inhabile et inapte à une gestion par trop compliquée, de manière qu'il ne puisse pas vaquer et suffire aux siennes, il faudra lui subvenir, parce que les intérêts du pupille pourraient à souffrir eux-mêmes de ce qu'on lui aurait donné un tuteur qu'une gestion déjà embarrassante et compliquée mettrait dans l'impossibilité d'y veiller convenablement ».

LXVII. «Quand on dit qu'on ne peut pas dispenser un affranchi de la tutelle ou de la curatelle des enfans de son patron ou de sa patronne, cela doit s'entendre non-seulement du père du pupille, mais encore de sa mère ».

« Et même si cet affranchi a obtenu le droit des anneaux d'or, il reste encore à cet égard (3) assujetti aux charges inhérentes à la condition d'affranchi, conformément au rescrit de Marc-Aurèle ».

Mais « celui qui s'étant racheté de ses propres deniers, a été affranchi, n'est plus compté au nombre des affranchis ».

Et « il ne faut pas croire que l'individu à qui on a payé une liberté fidéicommissaire, soit exclu du privilége d'être exempté de

(1) Il paraît que c'est ainsi qu'on doit lire, au lieu de lire comme dans les éditions vulgaires *si plures liberti fuerint unus omnibus libertis tutor, etc.* Voy. Cujas sur cette loi.

(2) On suppose qu'il a quatre patrons qui ont tous des enfans dont il est tenu d'accepter la tutelle, et qu'il ne sera pas dispensé de la quatrième quoiqu'il en gère déjà trois.

(3) Car cette faveur est accordée sans préjudice des droits de patronage.

fere jure manumissor ejusmodi, nihil juris, ut patronus adversus liberti personam, consequitur: excepto quod in jus vocare patronum injussu prætoris non debet ». *l.* 24. Pap. *lib.* 11. *quæst.*

LXVIII. Και οποταν, etc. (id est) « sed et quum de liberis patroni quæsierimus, scire oportet appellationem hanc non in primo gradu consistere, hoc est in filium et filiam, sed et in nepotes ex utroque latere, et eos qui deinceps sunt ». *sup. d. l.* 14. §. 1.

Cæterum, « libertus non aliis patroni patronæve liberis tutor esse cogitur, quam qui jura patronatus sperare possunt (1) ». *l.* 14. *ff.* 26. 5. *de tut. et curat. dat.* Papin. *lib.* 12. *quæst.*

Ad collibertorum autem tutelas hoc jus non porrigitur. Ita enim Papinianus: « Patronus impuberi liberto quosdam ex libertis tutores, aut curatores testamento dedit. Quamvis eos idoneos esse constet, nihilominus jure publico poterunt excusari, ne decreto confirmentur ». *l.* 30. §. 3. Papin. *lib.* 5. *resp.*

ARTICULUS II.

Quæ intervenire oporteat ut excusationis causa remissionem tutelæ pariat?

LXIX. Πολλα, etc. (id est) « multa vero observari oportet ut concedatur tutores vel curatores causas remissionis tribuere (2): oportet enim eos, etiam constituto legibus tempore, ad judicem accedere ». *l.* 13. §. 1. Modest. *lib.* 4. *excusat.*

Oportet ut ibi causas excusationis contestentur, easque probent judici; denique ut decretum judicis interveniat, quo excusatio admittatur et tutela remittatur.

Hæc sigillatim dispicienda sunt.

§. I. *Apud quem judicem et intra quod tempus contestandæ sint excusationum causæ?*

LXX. Potest quis excusationis causas proponere apud ipsum judicem a quo datus, aut confirmatus est tutor. Enimvero ειδεναι, etc, (id est) « scire oportet quoniam neque dati tutores, neque testamentarii provocare necesse habent, ut ostendit constitutio D. Veri et Antonini. Hoc autem observari oportet et in datis curatoribus: *in paucissimis enim distant curatores a tutoribus.* Adversus denique sententias auferentes eis excusationes, licentiam habebunt appellandi ». *d. l.* 13.

(1) Ergo exheredatis non cogitur esse tutor; item liberis ejus manumissoris, cui non concessa sunt jura patronatus, aut qui ab eo jure excidit: de quib. vid. infra, *lib.* 37. *tit.* 14. *de jur. patron.*

(2) Rectius vertit Augustinus, *allegare.*

la tutelle; car celui qui adopte un tel mode d'affranchissement, n'acquiert pas le droit de patron sur celui qui a été ainsi affranchi, lequel se bornera à obtenir la permission du préteur pour le citer en justice comme s'il était son patron ».

LXVIII. « Et même il faut savoir que quand il s'agit des enfans du patron, il s'agit non-seulement de ceux du premier dégré, c'est-à-dire, de son fils et de sa fille, mais encore de ses petits-fils et autres descendans, ainsi que ceux de sa femme ».

Mais « un affranchi n'est forcé d'accepter la tutelle des enfans de son patron ou de sa patronne, qu'autant qu'ils peuvent devenir ses patrons (1) ».

Ce droit ne s'étend pas aux tutelles des coaffranchis; car Papinien dit : « Si un patron a donné par testament quelques-uns de ses affranchis pour tuteurs ou curateurs à un affranchi impubère, nonobstant la certitude de leur solvabilité et de leur capacité, le droit public permet néanmoins de ne pas confirmer le testament à cet égard ».

ARTICLE II.

De ce qui doit intervenir pour que les dispenses alléguées produisent l'exemption de la tutelle.

LXIX. « Mais il faut observer plusieurs choses pour permettre aux tuteurs et curateurs d'alléguer des raisons de dispense (2), car il faut qu'ils les proposent au juge dans le tems prescrit par les lois ».

Il faut que ces raisons de dispenses, préalablement discutées devant le juge, aient ensuite reçu son approbation, et qu'enfin il intervienne un décret qui, en les admettant, prononce l'exemption de la tutelle.

Nous allons traiter séparément de chacune de ces commissions.

§. I. *Devant quel juge et dans quel tems les causes de dispenses doivent-elles être discutées?*

LXX. « Un tuteur donné peut proposer ses raisons de dispense devant le juge par qui il a été donné ou confirmé. En effet, « il faut savoir que, comme ni les tuteurs *datifs*, ni les tuteurs *testamentaires* ne sont pas obligés d'appeler, ainsi qu'on le voit par la constitution de Verus et d'Antonin, le même principe doit être observé à l'égard des curateurs donnés, les curateurs différant en peu de chose des tuteurs; et enfin ils ont la faculté d'appeler des sentences qui les privent du droit de proposer leurs motifs de dispense ».

(1) Il n'est donc pas forcé d'accepter la tutelle des enfans de l'hérédité, non plus que des enfans de celui à qui le droit de patronage n'a pas été accordé, ou de celui qui en est déchu; sur quoi voyez ci-après *liv.* 37, le titre *du droit de patronage.*

(2) Augustin traduit avec plus de raison *allegare.*

Consonat quod rescribunt Dioclet. et Maxim. : « Tutores nominatos, appellationem interponere necesse non habere, certissimi juris est : quapropter, licet non appellasti, si quam te excusationem habere confidis, intra tempus quod D. Marci constitutione præscriptum est, hac apud præsidem provinciæ uti non prohiberis ». *l.* 18. *cod. h. tit.* 5. 62.

LXXI. Ετσιν, etc. (id est) « sunt autem constituta tempora hæc : qui enim in ipsa civitate est, ubi creatur, vel intra centesimum lapidem a civitate, intra quinquaginta dies excusabitur : postea autem non admittetur, sed tenebitur ad sollicitudinem : et si horum quid non fecerit, erit in eadem causa in qua esset, si apparuisset proprio periculo ipsum negligere, neque ulla ei via relicta erit ad excusationem ».

« Qui autem supra centum milliaria a civitate abest, viginti milliaria habebit numerata in unamquamque diem a qua cognoverit. Oportet autem ei manifestari a præsidibus vel in faciem, vel ad domum ; et extra hos, alios triginta dies habebit ad excusationem. Hoc autem convenit et iis qui testamento dati sunt, sive tutores fuerint, sive curatores quos confirmari a magistratibus consuetum est ». *d. l.* 13. §. 1. *v. sunt autem.*

LXXII. Ετερον, etc. (id est) « aliud etiam invenimus in divi Marci promulgatione, inquisitione dignum. Etenim ei, qui in ipsa civitate est in qua creatus est, vel intra centum milliaria quinquaginta dierum spatium legislator dedit : ei vero qui ultra centum milliaria habitat, in unamquamque diem numerari viginti milliaria jussit ; et extra hos, alios triginta dies adjecit ad excusationem. Unde contingit ut, si cujus habitatio centum sexaginta milliaribus absit, is octo et triginta dierum spatium habeat, octo quidem, centum sexaginta milliariorum nomine, in unamquamque diem viginti milliariis numeratis ; triginta vero, eo quod ad excusationem faciunt. Erit igitur in deteriori ordine qui longius habitat, eo qui intra centum milliaria est, vel in ipsa civitate, si utique his quidem semper quinquaginta dies spatii sunt, illis vero pauciores ».

« Sed etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult : ita enim et Cerbidius - Scævola, et Julius-Paulus, et Domitius-Ulpianus, *coryphæi legum prudentum*, scribunt, dicentes ita oportere hoc observari, ut nunquam alicui minus detur quinquaginta dierum spatio ; tunc autem longius (1) quum annumeratio dierum qui in viam computantur, adjectis triginta diebus quos ad excusationem lex dat, excedit quin-

(1) Supple, datur spatium.

Ce qui est conforme à ce rescrit de Dioclétien et Maximien : « Il est certain en droit que les tuteurs donnés n'ont pas besoin d'appeler ; ainsi, bien que vous n'ayez point interjetté appel, si vous croyez avoir quelque raison de dispense, rien ne vous empêche de les proposer devant le président de la province dans le tems prescrit par la constitution de Marc-Aurèle ».

LXXI. « Or voici les différens délais accordés par cette constitution : celui qui est dans la ville où il a été donné pour tuteur, ou n'en est pas éloigné de cent bornes milliaires, doit proposer ses raisons de dispense dans cinquante jours, et n'y sera pas admis après ce délai, mais sera passible des condamnations auxquelles les périls de la tutelle donneraient lieu ; et à défaut par lui de ne s'être point conformé aux dispositions de ce rescrit, sera censé en avoir négligé l'administratation à ses risques et périls, sans qu'il lui reste aucun moyen de s'en faire décharger ».

« Et celui qui est éloigné de plus de cent bornes milliaires de la ville aura vingt milles par jour, à compter de celui où il aura été donné pour tuteur. Le président sera tenu de le lui faire notifier à personne ou à domicile ; et outre ces vingt milles par jour, il en aura encore trente pour proposer ces motifs de dispense. Ce qui est applicable même aux tuteurs donnés par testament, et aux curateurs qu'il est d'usage de faire confirmer par le magistrat ».

LXXII. « Nous trouvons dans la constitution de Marc-Aurèle une autre disposition qui mérite d'être discutée. Ce législateur a donné un délai de cinquante jours à celui qui se trouve dans la ville au moment où il est donné pour tuteur, ou en est éloigné de moins de cent bornes milliaires ; et à celui qui en est à une plus grande distance, vingt milles par jour à compter du jour où il a su qu'il était donné pour tuteur, et en sus trente autres jours pour proposer ses moyens d'exemption. Or donc, il en résulte que celui dont l'habitation est distante de cent soixante milles de la ville a un délai de trente-huit jours pour proposer les siens ; c'est-à-dire, huit jours pour les cent soixante milles, à raison de vingt milles par jour, et trente pour proposer ses moyens de dispense. Il sera donc de pire condition que celui qui n'est pas éloigné de cent milles ou qui demeure dans la ville même, puisqu'on accorde à ce dernier cinquante jours de délai, et qu'on lui en donne douze de moins ».

« Mais, bien que tel soit le sens que présentent les termes de la loi, l'esprit de la loi doit s'interpréter différemment. Cerbidius-Scævola, Julius-Proculus et Domitius-Ulpianus, *les coryphées de la jurisprudence*, enseignent que toutes ces particularités doivent s'observer de manière qu'il n'y ait personne qui n'ait le délai de cinquante jours ; de manière que celui qui est éloigné de la ville (1) jouit d'un autre délai pour proposer ses motifs de

(1) Ajoutez *datur spatium*.

quaginta dies. Ut puta, si dixerimus aliquem a quadragintis quadraginta milliariis habitare : hic enim viæ quidem habebit dies viginti duos, ad excusationem autem alios triginta ». *d. l.* 13. §. 2.

LXXIII. Παραφυλάξουσι, etc. (id est) « observabunt autem hoc temporis spatium, omnes qui qualitercumque excusantur a tutela vel cura, vel parte (1) ejus ». *d. l.* 13. §. 3.

LXXIV. Αἱ δὲ, etc. (id est) quinquaginta vero dies continui numerantur, incipiendo a tempore cognitionis, quo quis cognovit se ipsum datum esse ». *d. l.* 13. §. 9.

Similiter rescribit Alexander : « Quinquaginta dies qui, præfiniti sunt ad professionem excusationis iis qui tutores dati sunt, ex eo die cedere ex quo decretum prætoris, aut testamentum parentis, notum factum fuerit ei qui ad munus vocatus fuerit, ipsa constitutio quæ hoc induxit, sanxit ». *l.* 6. *cod.* 5. 62. *h. tit.*

Circa tutores autem et curatores testamento datos, qui confirmari indigent, tempus currit ex quo se confirmatos, non ex quo se testamento datos noverunt.

Hoc patet ex specie sequenti : « Gaius testamento Nigidium filio suo tutorem dedit, eumdemque usque ad vicesimum quintum annum curatorem constituit. Quæro, quum liceat Nigidio a curatione etiam citra appellationem se excusare, ex qua die tempora quæ in excusationibus observanda D. Marcus statuit, computanda sunt? Utrum ex die aperti testamenti, an ex quo ad negotia gerenda vocatur, id est, post quartum-decimum annum impletum? Modestinus respondit : excusationem a cura tunc necessariam esse, quum decreto prætoris seu præsidis confirmatus curator (2) fuerit ». *l.* 16. *lib.* 2. *resp.*

§. II. *Quomodo contestandæ sint excusationes? quomodo probandæ, et intra quod tempus?*

LXXV. Eum autem, cui tutela delata est, εἰδέναι, etc. (id est) « scire oportet non sufficere, si accedat ad judicem, sed oportere etiam de specie remissionis testari : et si multa habeat jura quæ ad

(1) Supra *n.* 62.

(2) Igitur nec ex die testamenti aperti, nec ex die quo filius testatoris implevit decimum et quartum annum, curret tempus ut curator testamento datus se excuset a cura, sed ex die decreti præsidis. Quum enim jure dari non potuerit cura testamento non prius videri delata quam decreto præsidis confirmata sit : non potest autem prius currere tempus curatori ad se excusandum, quam delata sit.

dispense, si les vingt milles par jour et les trente jours qu'y ajoute la loi n'en font pas cinquante, comme, par exemple, si l'on suppose qu'il demeure à quatre cent quarante milles de la ville, il aura vingt-deux jours pour le tems de la route et trente pour préparer ses dispenses ».

LXXIII. « Ces délais seront observés par tous ceux qui voudront se faire dispenser d'une tutelle, d'une curatelle ou de partie de l'une ou de l'autre (1) ».

LXXIV. « Mais ces cinquante jours sont cinquante jours consécutifs, à compter du jour où le tuteur a eu connaissance de sa nomination ».

Alexandre dit également dans un rescrit : « Les cinquante jours donnés aux tuteurs pour proposer leurs motifs de dispense se comptent du jour où ils ont connu le décret du préteur ou le testament du défunt qui les ont donnés pour tuteurs ; ainsi le dit expressément la constitution qui leur a fixé ce délai ».

Mais par rapport aux tuteurs et curateurs donnés par testament, et qui ont besoin d'être confirmés, ce délai court du jour où ils ont eu connaissance de cette confirmation, et non de celui où ils ont su qu'ils étaient donnés pour tuteurs par le testament.

C'est ce qu'on voit dans l'espèce suivante : « Gaius a donné Nigidius pour tuteur à son fils par son testament, et le lui a donné aussi pour curateur jusqu'à sa vingt-cinquième année. On demandait de quel jour il fallait compter d'après le délai donné par Marc-Aurèle à Nigidius pour proposer ses moyens d'exemption à la curatelle, dont il pouvait se faire dispenser sans appeler du décret ; c'est-à-dire, si c'était du jour de l'ouverture du testament, ou bien du jour où il avait été appelé à gérer les affaires du pupille après sa quatorzième année accomplie ? Modestinus a répondu que les motifs de dispense pour la curatelle ne devaient être proposés qu'à compter du jour où le curateur a été confirmé par le décret du préteur ou du président (2) ».

§. II. *Comment les motifs de dispense doivent être discutés ; comment ils doivent être prouvés, et dans quel tems ils doivent l'être.*

LXXV. Celui à qui une tutelle a été déférée « doit savoir qu'il ne lui suffit pas de se présenter devant le juge, qu'il doit y spécifier ses motifs de dispenses ; que s'il en a plusieurs il doit les

(1) Ci-dessus, *n.* 62.

(2) Un curateur ne doit donc pas proposer ses moyens de dispense du jour de l'ouverture du testament qui l'a donné pour curateur, ni du jour où le fils du testateur a atteint sa quinzième année, mais du jour du décret du président ; parce que la curatelle n'étant pas donnée de droit par testament, n'est censée déférée que lorsqu'elle a été confirmée par le décret du président, et que le délai donné pour proposer la dispense ne peut pas courir avant que la curatelle soit déférée

remissionem faciunt, omnia nominare; si minus, similem esse ei qui nequaquam accessit, aut accessit quidem, justam autem remissionis causam non nominavit ». *l.* 13. §. 8. Modestin. *lib.* 4. *excusat.*

Χρη δε, etc. (id est) « oportet autem una testari ante tribunal, vel aliter in submemorationibus (1). Potest autem et libellos dare, ut iidem ipsi aiunt Imperatores ». *d. l.* 13. §. 10.

LXXVI. At quamvis tutor possit excusationis causam contestari per libellum, non tamen admittere eam judex potest per subscriptionem ad libellum : sed ea res causæ cognitionem pro tribunali desiderat.

Hoc est quod ait Ulpianus : « Excusare (2) se tutor per libellos non poterit (3) ». *l.* 25. Ulp. *lib.* 2. *de offic. procons.*

Imo, quamvis jam remissionem alicujus tutelæ pepererit eidem tutori hæc quam proponit excusationis causa; tamen, si ad aliam tutelam postea vocetur, non ideo minus necessaria erit causæ cognitio.

Hinc Modestinus : ο απολυθεις, etc. (id est) Qui absolutus est a tutela vel cura, non omnino depositionibus apud acta ad remissionem alterius tutelæ vel curationis utetur, si non extiterint ei jura remissionis ». *l.* 15. §. 13. Modestin. *lib.* 6. *excusat.*

LXXVII. Jam vero intra quod tempus hoc probandæ excusationis negotium peragi debeat, docet Paulus. Ita ille : « Quinquaginta dierum spatium, tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet : peragendo enim negotio ex die nominationis, continui quatuor menses constituti sunt ». *l.* 38. Paul. *lib.* 2. *sent.*

Quocirca Modestinus : αποχρη δε, etc. (id est) « sufficit autem, intra constitutum tempus (4), excusare se solum : si enim postea nolens desierit, non ei nocebit ».

« Ideoque si repræsentaverit quis se solum, non permanserit autem postea, ut se excuset : post constitutum tempus (5) exceptione repelletur (6). Et hoc dicit constitutio imperatorum Veri et Antonini ». *l.* 13. §. 6. Modest. *lib.* 4. *excus.*

---

(1) Id est (ut interpretatur Cujacius), *apud acta.*

(2) Ita Cujacius hanc legem conciliat cum *sup. d. l.* 13. §. 10.

(3) Hinc quidam colligere volunt, tutorem non posse per procuratorem se excusare : sed minime necessaria videtur hæc consequentia. Ibi enim non præsentia tutoris, sed tribunal et causæ cognitio requiritur.

(4) Quinquaginta dierum.

(5) Quatuor mensium.

(6) Sensus hujus paragraphi est : *sufficit* tutorem *intra constitutum tempus* quinquaginta dierum *excusare se dolum*, seu adesse ad contestandas tantum excusationis causas; non autem requiritur ut eas statim probet. Si

proposer séparément et nommément, et que s'il omet de le faire, il sera assimilé à celui qui ne se serait pas présenté, ou du moins à celui qui, s'étant présenté, n'a pas proposé de dispense admissible ».

« Il faut aussi qu'il les propose devant le tribunal ou à la chambre des *rapports* près ce tribunal (1), mais il peut le faire par requête, comme le disent les mêmes empereurs ».

LXXVI. Mais quoiqu'un tuteur puisse proposer ses moyens de dispense par requête, le juge ne peut pas les admettre par sa signature apposée au bas de cette requête : il faut qu'ils aient été préalablement discutés à l'audience de son tribunal.

C'est ce que dit Ulpien : « Un tuteur ne peut pas se faire dispenser (2) par requête (3) ».

Nonobstant l'admission d'un moyen de dispense proposé pour une tutelle, ce moyen, reproduit ensuite pour une seconde tutelle, ne pourra cependant être admis sans connaissance de cause.

C'est pourquoi Modestinus dit : « Celui qui a été déchargé d'une tutelle ou d'une curatelle ne pourra pas l'être d'une nouvelle tutelle ou curatelle en vertu du jugement intervenu sur la première, et il devra prouver encore la légitimité de ses nouveaux moyens de dispense ».

LXXVII. Paul va nous apprendre dans quel tems les motifs de dispense doivent être proposés et discutés : « Le délai de cinquante jours n'est accordé que pour la discussion des motifs de dispense ; car on donne quatre mois pour terminer cette affaire, à compter de la nomination du tuteur ou curateur ».

Modestinus dit à cet égard : « Il suffit de proposer ses moyens de dispense dans le délai prescrit (4), car si le tuteur veut s'en désister il le pourra impunément ».

« C'est pourquoi s'il n'a fait que se présenter, et n'a pas prouvé ses moyens de dispense, après le délai prescrit (5), il sera repoussé par une exception (6), conformément à la constitution de Verus et d'Antonin ».

---

(1) C'est-à-dire, au greffe, comme l'interprète Cujas.

(2) C'est ainsi que Cujas concilie cette loi avec la loi 13. §. 10. ci-dessus citée.

(3) Quelques jurisconsultes veulent conclure de là qu'un tuteur ne peut pas se faire dispenser par procureur; mais cette conséquence n'est pas juste, car on n'exige pas ici la présence du tuteur, mais seulement la discussion de la cause devant le tribunal.

(4) De cinquante jours.

(5) De quatre mois.

(6) Le sens de ce paragraphe est qu'il suffit que le tuteur se présente seulement dans le tems prescrit de cinquante jours, ou qu'il propose seulement ses moyens de dispense, et qu'il n'est pas nécessaire qu'il les prouve sur-

LXXVIII. Tempus autem sive ad contestandas, sive ad probandas excusationis causas constitutum, non currit legitime impedito.

Εαν γαρ, etc. (id est) « si enim quis propter ægritudinem, vel aliam necessitatem (puta maris, vel hyemis, vel incursus latronum, aut aliam quam similem) constituto tempore non poterit venire, ignoscendum ei est : cujus fidem tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali justitia, tamen et constitutio imperatorum Veri et Antonini hæc dicit ». *d. l.* 13. §. 7.

Idem dicendum est, « si quum ipse institueret ut proferret excusationem, mora contradictionis impeditus est quominus decreto liberaretur, excusationem recte probari ». *l.* 39. Tryphon. *lib.* 13. disput.

LXXIX. Observandum superest quod, et si elapso constituto tempore, non possit amplius tutor petere ut excusetur a tutela, saltem potest adhuc petere sibi curatorem adjungi. Hinc Alexander : Testamento tutor datus, ut a bonis his excusareris, quæ pupilli tui in alia provincia quam unde es, ubique moraris, possident, intra quinquagesimum diem postulare debuisti ! quod si facere cessasti, excusatio quidem temporis præscriptione summovetur : sed propter late diffusum patrimonium, an tibi adjungi aliquos curatores oporteat, præses provinciæ, si te insufficientem deprehenderit, æstimabit » : *l.* 11. *cod.* 5. 62. *h. t.*

§. III. *De interponendo decreto quo tutoris, curatoriave excusatio admittatur, isque a tutela vel cura liberetur.*

LXXX. Non sufficit alicui causam excusationis habere, ejusque probationes attulisse, nisi judex excusationem admiserit, suoque decreto tutori onus tutelæ remiserit.

Hinc Severus et Antoninus : Excusationis quidem tuæ, si ingenuus libertino tutor datus es, certa causa est : sed quum te præses provinciæ audiendum non putaverit ; propter præscriptionem (1), quasi tardius adires, nec a decreto provocaveris, intelligis parendum esse sententiæ ». *l.* 3. *cod.* 5. 62. *h. t.*

---

enim quum semel se repræsentaverit ad eas contestandas, *postea desierit* adesse ad eas probandas, non ei nocebit : modo tamen *nolens* et invitus *desierit ;* secus si perfunctorie duntaxat adfuerit semel, et postea desinere adesse adfectet. *Ideoque si repræsentaverit quis se solum* ad proponendas excusationis causas, *non permanserit autem postea ut se excuset*, id est, per constitutum ad probationem quadrimestre tempus non adfuerit ad eas probandas ; *post constitutum* illud *tempus exceptione repelletur.*

(1) Id est, actionis exclusionem.

LXXVIII. Le délai accordé pour discuter ou pour prouver les motifs d'exemption ne court pas contre celui qui peut alléguer un empêchement légitime.

« Car si un individu ne peut pas se présenter devant le juge pour cause de maladie ou à raison de tout autre empêchement semblable, comme, par exemple, l'impossibilité de voyager par mer, l'excessive rigueur de la saison ou une incursion de voleurs, il convient, à raison de ces circonstances, de lui accorder l'indulgence que réclame pour lui non-seulement la justice naturelle, mais encore que prescrit la constitution de Verus et d'Antonin ».

Il faut aussi dire que, « celui qui se préparant à partir pour proposer ses moyens de dispenses, a été retardé par un accident imprévu, n'en sera pas moins recevable à prouver ses motifs d'exemption ».

LXXIX. Il nous reste à observer que, bien qu'un tuteur ne soit plus admis à se faire dispenser de la tutelle à l'expiration du délai prescrit, il peut du moins encore demander qu'on lui adjoigne un curateur. C'est pourquoi Alexandre dit : » Ayant été donné pour tuteur, vous deviez demander avant les cinquante jours, qu'on vous dispensât de la tutelle pour la partie des biens de vos pupilles qui étaient situés dans une autre province que celle d'où vous êtes originaire, et où vous demeurez. Si vous ne l'avez pas fait, vos moyens de dispense seront rejettés, comme périmés par le tems légal ; mais à cause de la dispersion des biens de vos pupilles, le président de la province jugera dans sa sagesse s'il faut vous adjoindre des curateurs, et si réellement l'administration de tous ces biens est au-dessus de vos forces ».

§. III. *De la nécessité du décret qui prononce la dispense de la tutelle ou de la curatelle, et en décharge le tuteur ou le curateur.*

LXXX. Il ne suffit pas qu'un tuteur ou un curateur aient des moyens de dispense, et qu'ils les aient prouvés ; il faut encore que le juge après les avoir admis et approuvés, ait déchargé le tuteur ou le curateur par son décret.

C'est pourquoi Sévère et Antonin disent : « Si étant ingénu vous avez été donné pour tuteur au fils d'un affranchi, il est certain que vous aviez un juste motif de dispense ; mais le président ayant refusé de vous écouter à cause de la prescription (1), et à raison de votre comparution inoportune et tardive, vous sentez que n'ayant point appelé de son décret, vous devez l'exécuter ».

---

le-champ; puisque si, s'étant présenté pour les proposer, il ne se présente plus pour les prouver, cette négligence ne lui préjudiciera pas, pourvu cependant qu'elle ne soit pas volontaire ; car il en serait autrement s'il s'était présenté une fois par manière d'acquit et affectait de ne plus reparaître. C'est pourquoi s'il se représentait dans les quatre mois prescrits pour prouver, mais ne reparaissait qu'après les quatre mois, il serait repoussé par une exception.

(1) C'est-à-dire, de la péremption de l'action.

Et quidem etiam si per injuriam judex non admiserit excusationem, tutor manebit obligatus, nisi provocet.

Hinc Alexander : « Sed si quis, in ejus temporis computatione, ab eo cujus de ea re notio fuerit, injuriam passus, non provocavit, acquiescere rebus judicatis debet ». *l.* 6. *cod.* 5. 62. *h. tit. v. sed si quis.*

Provocatio autem ei proderit, ut, si juste appellasse pronuntiatum sit, retro liberetur. Unde Gordianus : « Quanquam in tutela detentus, eo quod excusatio, quam objiciebas, non est admissa, provocationis auxilium flagitaveris ; et in medio tempore hi quorum meministi, in adulta ætate agere cœperint : tamen non eo minus causa interpositæ provocationis, propter periculum administrationis ejus temporis, judiciorum more examinanda est ». *l.* 15. *cod.* 5. 62. *h. t.*

LXXXI. His quæ diximus, excusationem quantumvis justam non prodesse nisi admissa sit, consequens est quod docet Scævola in specie sequenti :

« Qui testamento tutor datus fuerat, adito prætore, dixit se tres liberos habere ; adjecit præterea, habenti patruum legitimum tutorem, se vitiose tutorem datum. Prætor ita decrevit : Si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio. Quæro, quum nemo patruus impuberi tutor esset, an nihilominus tutor remansit ? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, quamvis justas excusationis causas haberet, non tamen esse excusatum, propter vitium pronuntiationis ». *l.* 37. Scævola, *lib.* 2. resp.

« Item quæro, si acquievisset sententiæ, an ob id, quod non gessit tutelam, utilis actio in hunc (1) dari debeat ? Respondi : Si errore potius, quod se pro jure trium liberorum quod allegabat, excusatum crederet, quam malitia ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam ». *d. l.* 37. §. 1.

LXXXII. Vidimus non aliter nisi decreto judicis excusationem admittentis, tutelæ remissionem contingere ; jure autem interpositum esse debet illud decretum, ut hanc remissionem tribuat.

Hinc rescribunt Philippi : « Si (ut proponis) pars diversa ab administratione tutelæ seu curæ tuæ, itemque fratris tui, ambitione potius quam juris ratione se excusavit, periculo injuncti

(1) In eum qui non administravit, quum administrare debuisset, duntaxat *utilis tutelæ actio* datur. Vid. infra, *lib.* 27. *tit.* 3. *de tutel. et rat. dist. n.* 12. cum nota.

Et, en effet, lors-même que le juge aurait injustement rejeté les moyens de dispense, le tuteur n'en serait pas moins obligé d'exécuter son jugement jusqu'à l'appel.

C'est pourquoi Alexandre dit : « Si un tuteur s'étant présenté dans le délai prescrit à compter du jour où il avait su que la tutelle lui était déférée, a été injustement condamné et n'a point appelé du jugement, il doit acquiescer à la chose jugée ».

Toutefois, s'il appelle de ce jugement et que son appel soit déclaré fondé, il sera déchargé de la tutelle avec effet rétroactif. C'est pourquoi Gordien dit, « bien que vous soyez resté chargé de la tutelle, parce qu'on a rejeté vos justes motifs de dispenses, si vous avez recouru à l'appel, et que pendant l'instance sur cet appel, vos pupilles devenus majeurs, vous aient actionné, on n'en jugera pas moins sur l'appel, que vous devez être déchargé de l'administration du jour de votre appel ».

LXXXI. Ce que nous avons dit qu'une juste dispense ne suffisait qu'autant qu'elle avait été admise, est conforme à ce qu'enseigne Scævola dans l'espèce suivante ».

« Celui qui avait été donné pour tuteur par testament, ayant déclaré devant le préteur avoir trois enfans, a ensuite allégué le vice de sa nomination, comme ayant été donné pour tuteur à un pupille, qui déjà avait un oncle paternel pour tuteur légitime. Le préteur a décidé qu'il n'avait pas besoin de dispense, comme ayant été donné pour tuteur à un pupille qui avait déjà un tuteur légitime. On a demandé s'il ne restait pas chargé de la tutelle dans le cas où le pupille n'aurait point d'oncle paternel pour le tuteur. J'ai répondu que, suivant l'exposé, il n'était pas déchargé de la tutelle, nonobstant la dispense qu'il était justement fondé à alléguer, et ce, à cause de sa fausse déclaration ».

« On demandait aussi si ayant acquiescé à la sentence, on ne devait pas donner une action utile contre lui (1), pour n'avoir pas administré la tutelle. J'ai répondu qu'on ne devait pas donner cette action s'il avait négligé d'administrer la tutelle, plutôt par erreur que par malice, s'il croyait d'ailleurs que les trois enfans qu'il avait étaient un motif qu'il lui suffisait d'alléguer pour l'exemption de la tutelle ».

LXXXII. Nous avons vu qu'un tuteur n'était déchargé de la tutelle, que par le décret du juge qui avait admis sa dispense; mais il faut que ce décret ait été juridiquement rendu pour qu'il produise cette libération.

C'est pourquoi les empereurs Philippes disent dans un rescrit : « Si comme vous l'exposez, votre partie adverse s'est fait dispenser de l'administration de votre tutelle ou de votre curatelle, et de

(1) On donne l'action utile de la tutelle contre celui qui n'a pas administré lorsqu'il y était obligé. Voy. ci-après *tit. de la tutelle et de la reddition des comptes, etc., n.* 12, avec la note.

muneris minime liberata est ». *l.* 3. *cod.* 5. 63. *si tutor. vel cur. fals. alleg.*

Item Alexander : « Si absentibus necessariis personis, vel his qui sua sponte vos defendere volebant, non competentibus allegationibus, qui vobis tutores, aut curatores dati erant, liberati esse a munere jussi sunt : ne eis circumvenisse judicis religionem prosit, præses provinciæ audiet vos, et si injustum decretum extorsisse eos apparuerit, exinde ad eos periculum administrationis pertinere pronuntiabit, ex quo dati sunt ». *l.* 1. *cod. d. t.*

Inde est etiam quod non prodest decretum quo excusatio admittitur postquam quis administrare cœpisset (ut vid. supra *n.* 64), vel constitutum tempus.

Hinc Modestinus : « ουτως, etc, (id est) « ita vero necesse est custodiri constitutum tempus, ut et si excusatus fuerit dimissus, non liberari eum divi Verus et Antoninus ostendant in constitutione; jubentes non detineri eum qui in locum ejus creatus sit, quasi non liceat alium dari in locum existentis tutoris » *l.* 13. §. 5. Modest. ». *l.* 4. *excus.*

§. IV. *Quibus necessaria non sit eorum quæ in toto hujus articuli decursu dicta sunt observatio ?*

LXXXIII. Quæcumque tribus superiobus paragraphis exposuimus, ταυτα, (id est) « hæc de iis qui observare constitutum tempus debent. De iis autem qui non subjecti sunt constitutis temporibus, age scrutemur ». *d. l.* 13. §. 11.

Nam οι γαρ, etc. (id est) « qui non juste dati sunt tutores, (hoc est, a quibus non oportet, aut quo non oportet, aut quibus non oportet, aut quos non oportet modo), si neque confirmentur, neque administraverint, sunt immunes. Neque opponet quis eis, quod constituta tempora excusationis non observaverint, neque enim habent excusationis necessitatem, ut ostenditur in subjectis constitutionibus, quas exempli gratia subjeci. Adaptantur autem utique omnibus.

« Divi Severus et Antoninus Augusti Narcisso : Ab avo ma-
» terno tutor datus necesse non habuisti excusari, quum ipso jure
» non teneris. Si igitur administrationi te non immiscuisti, potes
» esse securus ».

« Similiter autem, et si eum qui non suppositus est jurisdictioni, creabunt magistratus tutorem vel curatorem, neque hic

celle de votre frère, plutôt par intrigues que par la raison du droit, elle n'en a point été déchargée ».

Alexandre dit aussi : « Si en l'absence de vos parens et des personnes qui voulaient vous défendre, les individus qui vous avaient été donnés pour tuteurs ou curateurs, s'en sont fait dispenser sur des allégations frivoles, le président de la province doit vous écouter et et ne point permettre qu'ils aient impunément trompé la religion du juge. S'il lui apparaît qu'ils en aient extorqué un décret injuste, il les condamnera à supporter les périls de l'administration de vos biens, à compter du jour qu'ils vous ont été donnés pour tuteurs ou curateurs ».

Il suit aussi de là que le tuteur a inutilement obtenu ce décret, qui a admis ses motifs de dispense, après avoir commencé à administrer la tutelle (comme on l'a vu ci-dessus *n.* 64), ou après le délai expiré.

C'est pourquoi Modestinus dit : « Mais il est si nécessaire d'observer ces délais, tels que les ont prescrits les empereurs Verus et Antonin dans leur constitution, que le tuteur qui a fait admettre ses moyens de dispense après ces délais, n'est point déchargé de la tutelle, etque celui qui lui a été substitué ne doit pas en rester chargé, parce qu'il n'est pas permis de donner un nouveau tuteur à la personne qui en a déjà un ».

§. IV. *Pour quelles personnes ce qui a été dit dans le cours de cet article, n'est point d'une observation rigoureuse.*

LXXXIII. Tout ce qui a été dit dans les trois paragraphes précédens « concerne ceux qui sont tenus d'observer les délais prescrits; voyons maintenant ce qui concerne ceux qui n'y sont pas obligés ».

Car les individus qui n'ont pas été donnés légalement pour tuteurs, c'est-à-dire, qui n'ont pas été donnés par ceux qui en avaient le droit, qu'on n'avait pas le droit de donner, qu'on a donné aux personnes à qui on ne pouvait pas les donner, ou qu'on a donnés d'une manière illégale ou irrégulière, sont exempts de la tutelle s'ils n'ont pas été confirmés et n'ont pas administré. On ne pourra pas leur opposer qu'ils n'ont point observé les délais pour proposer leurs dispenses, comme on le voit par les constitutions que j'ai citées pour exemples, et qui sont applicables à tous ces cas ».

« Les empereurs Sévère et Antonin à Narcis, fils d'Auguste. » Ayant été donné pour tuteur par votre aïeul maternel, vous » n'aviez pas besoin de proposer votre dispense, puisqu'elle était » prononcée par le droit. Vous n'avez donc point à craindre d'être » inquiété à cet égard, à moins que vous ne vous soyez immiscé » dans l'administration ».

« Il en est de même de celui qui n'était pas soumis à la juridiction des magistrats qui l'ont donné pour tuteur ou cu-

necessitatem habet observare constituta tempora : ut puta, quia neque civis, neque incola est » *d. l.* 13. §. 12.

Ακολουθου, etc. (id est), « consequens autem est credere, quod si aliqua specie excusationis fuerit quis usus, non aliter audietur quam si observaverit constitutum tempus, nisi forte alterius alicujus civitatis (1) est civis ». *d. l.* 13. §. 4.

LXXXIV. Si tutor inutiliter datus qui citra excusationem ab administratione cessavit, securus est; multo magis heres ejus ».

Hinc Paulus respondit : « Heredes ejus qui non jure tutor, vel curator datus, administrationi se non immiscuit, dolum et culpam præstare non debere ». *l.* 8. *ff.* 27. 7. *de fidejus. et nomine tut.* Paul. *lib.* 9. resp.

SECTIO III.

Quid consequatur amittatve tutor cujus excusatio admissa est ?

LXXXV. De eo ita rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Si tutor nominatus decreto præsidis, habens excusationem, absolutus es, ad te non pertinere periculum administrationis, manifestum est ». *l.* 22. *cod.* 5. 62. *h. t.*

Hujus scilicet administrationis a qua excusatus es. Cæterum « duobus pupillis tutor datus, etsi alterius tutela se excusare potest; quum res separatæ sint, attamen alterius tutor manet ». *l.* 25. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Mod. *lib.* 4. Pandect.

LXXXVI. Quid autem amittit tutor excusando se? « Quæ tutoribus remunerandæ fidei causa testamento parentis relinquuntur, post excusationem, ab heredibus extraneis quoque retineri (2) placuit ». *l.* 28. §. 1. Pap. *lib.* 5. resp.

Circa hanc pœnam videndum : 1°. quando huic locus sit; 2°. quos tutores spectet; 3°. ad quid porrigatur.

---

(1) Supple : et a magistratu municipali datus sit, qui non potest dare tutores nisi homines jurisdictioni suæ subditos. Quod si testamento datus sit tutor homo *alterius civitatis*, necesse habebit se excusare : recte enim datus est, supra, *lib.* 26. *tit.* 2. *de testam. tut. n.* 12.

(2) Ex legibus caducariis, legata quæ ut indignis auferuntur, fiscus sibi vindicat; nec apud heredem remanent, maxime si heres sit extraneus, et non ex his heredibus quibus jus antiquum servatur : *tit.* 9. *de his quæ ut indig.* infra, *lib.* 34. Speciale est ut quod ex causa *tutelæ excusatæ* auferitur, apud heredem etiam extraneum remaneat.

rateur, il n'était pas obligé d'observer les délais prescrits, comme n'étant ni citoyen, ni domicilié dans le ressort de leur juridiction ».

« Mais il sera conséquent de croire que celui qui a proposé une dispense quelconque, ne doit pas être écouté après l'expiration des délais, à moins qu'il ne soit citoyen d'une autre ville (1) ».

LXXXIV. Le tuteur illégalement donné qui, sans avoir proposé dispense s'est abstenu d'administrer, a pu s'en abstenir impunément, et à plus forte raison son héritier.

C'est pourquoi Paul a répondu que « les héritiers de celui qui n'ayant pas été donné légalement pour tuteur, ne s'est pas immiscé dans l'administration de la tutelle, ne doivent être responsables ni de son dol ni de ses fautes ».

SECTION III.

De ce que gagne ou perd le tuteur dont la dispense a été admise.

LXXXV. Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit sur cette matière : « Si ayant été nommé pour tuteur par décret du président, et ensuite déchargé de la tutelle comme en ayant prouvé l'exemption, il est évident que les périls de l'administration de cette tutelle ne vous concernent pas ».

Ce qui s'entend de l'administration dont vous avez été dispensé ; car « ayant été donné pour tuteur à deux pupilles, bien que vous ayez pu vous faire dispenser de la tutelle de l'un, vous n'en restez pas moins tuteur de l'autre, si leurs biens sont séparés ».

LXXXVI. Mais que perd le tuteur en se faisant exempter de la tutelle ? « Un tuteur qui s'est fait dispenser de la tutelle, perd les legs que lui a faits le testateur par son testament pour récompense de ses soins, et les héritiers, mêmes étrangers, ont le droit de les lui refuser (2) ».

Nous allons voir, par rapport à cette peine, 1°. quand elle a lieu ; 2°. à quels tuteurs elle est applicable ; 3°. à quoi elle s'étend.

---

(1) Ajoutez : et qu'il n'ait été donné par le magistrat municipal, lequel ne peut donner pour tuteur que des personnes de sa juridiction. Mais si un citoyen d'une autre ville a été donné pour tuteur par testament, il sera obligé de proposer ses moyens de dispense, parce qu'il a été régulièrement donné comme on l'a vu *liv.* 26, au titre *de la tutelle testamentaire*, *n.* 12.

(2) Le fisc revendique par le droit caducaire les legs faits aux personnes indignes ; et l'héritier n'en profite pas, surtout si c'est un étranger à qui l'ancien droit n'ait pas été conservé. Voy. *tit. de ceux qui sont exclus comme indignes*, ci-après, *liv.* 34. C'est par un droit particulier que l'héritier, même étranger, profite de ceux qui avaient été faits au tuteur qui s'est dispensé.

§. I. *Quando tutor excusatus amittat ea quæ sibi relicta sunt?*

LXXXVII. Huic pœnæ locus est, quum tutor se excusavit.

« Quid autem, si se non excusaverit, sed administrare noluerit, contentus quod cæteri idonei essent? Hic poterit conveniri (1), si ab illis res servari non potuisset. Sed hoc (2) non quærendum est, sed contumacia punienda est ejus, qui quodammodo se excusavit ».

« Multo magis quis dicere debebit, indignum judicio patris, qui, ut suspectus, remotus est a tutela ». *l.* 35. Paul. *lib.* 23. quæst.

LXXXVIII. « Non semper tamen existimo eum qui onus tutelæ recusavit, repellendum a legato; sed ita demum si legatum ei ideo adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum injunxit, non quod alioquin daturus esset, etiam sine tutela : id apparere potuit, si posueris testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis, tutorem datum : in hoc enim legato potest dici (3) non ideo ei relictum, quia et tutorem esse voluerit testator ». *l.* 32. *v. fin.* Paul. *lib.* 7. quæst.

« Sed hæc nimium scrupulosa sunt, nec admittenda : nisi evidenter pater expresserit velle se dare, etiamsi tutelam non administravit. Semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam ». *l.* 33. *idem. lib.* 23. quæst.

Qui igitur onus tutelæ recusat, amittit quod sibi relictum est : « Quod non habebit locum in persona filii, quem pater impuberi fratri coheredem et tutorem dedit, quum judicium patris, ut filius non ut tutor promeruit ». *l.* 28. §. 1. *v. quod non* Pap. *lib.* 5. respons.

§. II. *Quos tutores vel curatores hæc pœna spectet?*

LXXXIX. Hæc pœna spectat tutores testamentarios, nec non eos qui testamento inutiliter dati, a magistratu confirmati sunt, ut ex Paulo discimus :

« Nesennius-Appollinaris (4) Julio-Paulo : *Mater* filium suum

(1) Ratio dubitandi, ducta ex eo quod maneat obnoxius periculo tutelæ.

(2) Ratio decidendi.

(3) Ratio dubitandi, quam modo confutabit in *l. sequent. Sed hæc nimirum, etc.*

(4) Nomen ejus qui consulebat Paulum.

§. I. *Quand le tuteur qui s'est fait dispenser perd ce que le testateur lui avait légué.*

LXXXVII. Il y a lieu à cette peine contre le tuteur qui a refusé d'accepter la tutelle.

« Or donc, que faut-il dire dans le cas où un tuteur n'ayant pas proposé ses moyens de dispense, a négligé d'administrer, s'en rapportant à l'administration de ses cotuteurs? Il pourra être actionné (1) si les autres se trouvent reliquataires et insolvables; mais ce n'est point là ce qu'il faut examiner (2), car il doit être actionné, non pour s'être dispensé de la tutelle, mais parce que son refus d'administrer doit être puni ».

« On doit à plus forte raison juger indigne de la confiance du testateur, celui qui s'est fait destituer de la tutelle comme suspect ».

LXXXVIII. « Je ne pense cependant pas que celui qui a refusé d'accepter une tutelle doive toujours être privé de ces legs. Suivant moi, il ne doit les perdre, qu'autant qu'ils lui ont été faits en considération de ce qu'il se chargera de la tutelle, et il en est autrement lorsqu'ils lui auraient été faits dans des vues différentes; comme, par exemple, si l'on suppose un legs fait par testament à celui qui n'a été donné pour tuteur que par un codicile subséquent; cas auquel on peut dire (3) que ce legs ne lui a pas été fait, parce que le testateur avait l'intention de le donner pour tuteur ».

« Mais on ne peut admettre des distinctions aussi subtiles; il faut donc que le testateur ait expressément dit que son legs était indépendant de l'administration de la tutelle, puisque les legs sont toujours faits avant ou après la nomination du tuteur ».

Celui qui refuse d'accepter une tutelle perd donc les legs qui lui auraient été faits? « Ce qui toutefois n'a pas lieu par rapport au fils que son père a donné pour tuteur à son frère impubère; parce que son père ne lui a pas fait un legs comme tuteur de son frère, mais comme son fils ».

§. II. *Quels tuteurs ou curateurs peuvent encourir cette peine.*

LXXXIX. Cette peine concerne les tuteurs testamentaires, et ceux qui ayant été donnés irrégulièrement par le testament, ont été confirmés par le magistrat. Ainsi l'enseigne Paul.

« Nesennius Appollinaris (4) à Jules-Paul : Une mère, ou un

(1) Raison de douter, tirée de ce qu'il demeure passible des périls de la tutelle.

(2) Raison de décider.

(3) Raison de douter qui va être réfutée dans la loi suivante : *sed hæc nimium, etc.*

(4) Nom de celui qui consultait Paul.

» pupillum, vel quivis alius extraneus, extraneum æque pupillum » scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pu- » pillo tutorem adscripsit : Titius confirmatus excusavit se a tu- » tela. Quæro an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem » tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a præ- » tore tutor excuset se; an æque repellendus sit a legato? Et an » aliquid intersit, si a patre, vel emancipato pupillo tutor datus » sit, vel puberi curator ». Respondi : Qui non jure datus (sit) vel tutor, vel curator a patre, confirmatus a prætore, excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato. Idque et Scævolæ nostro placuit. Nam et prætor qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur judicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit; quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit eum, qui recusat id quod testator relinquit, ab eo quod petit (quod idem dedit) repelli debere ». *l.* 32. *lib.* 7. quæst.

XC. Quum igitur ex testatoris judicio quæratur ratio propter quam tutor qui se excusat, id, quod sibi ab eodem testatore relictum est, amittit, « ex eis apparet non esse his similem eum quem prætor tutorem dedit, quum posset uti immunitate. Hic enim nihil contra judicium fecit testatoris. Nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii dicere non possumus ». *l.* 34. Paul. *lib.* 7. quæst.

§. III. *Ad quæ porrigatur hæc pœna?*

XCI. Porrigitur pœna et ad ea legata quæ personis tutoris potestati subjectis relicta sunt.

Hinc, qui tutelam testamento mandatam, excusationis jure suscipere noluit, ab his quoque legatis summovendus erit, quæ filiis ejus relicta sunt : modo si legata filii, non affectione propria, sed in honorem patris meruerunt ». *l.* 28. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Pap. *lib.* 4. resp.

XCII. Qui autem ei quem tutorem filio suo dabat, legatum dedit, et præterea eum impuberi substituit, videtur legatum duntaxat, non vero hereditatem reliquisse, contemplatione tutelæ.

Sic enim respondit Paulus : « Amicissimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere; et ideo ad suscipiendum onus tutelæ, etiam honore legati eos prosequi : sed quum

» étranger quelconque, ont institué pour héritier, l'une, son fils » pupille, l'autre, un étranger aussi pupille; ils ont fait un legs à » Titius, et l'ont donné pour tuteur à ce même pupille. Après la » confirmation de la nomination, Titius s'est fait dispenser de la » tutelle. On demande si Titius perd son legs; si n'ayant pas été » donné pour tuteur par le testament, mais par le préteur, et ayant » reçu son legs avant de se faire dispenser, il doit encore perdre » ce legs; et s'il est indifférent qu'il ait été donné pour tuteur au » pupille, ou pour curateur au pubère par le père ou par le pu- » pille émancipé ». J'ai répondu qu'ayant été donné irrégulièrement pour tuteur ou pour curateur par le père, et confirmé par le préteur, il doit perdre son legs s'il a usé du privilége qu'il avait de se faire dispenser de la tutelle. Ainsi l'a décidé notre Scævola: et en effet, le préteur en confirmant sa nomination s'est en cela conformé à l'intention du défunt. Il en est de même du testament de la mère; et il faut lui assimiler l'étranger qui nomme un pupille pour héritier, et qui en lui donnant un tuteur, comme on le fait à l'égard d'un enfant qu'on a élevé, veut engager ce tuteur à surveiller la personne et les intérêts du pupille. C'est donc avec raison, que celui qui refuse la tutelle que le testateur lui avait donnée, doit être privé du legs que ce même testateur lui a fait, et repoussé de la demande qu'il en a formée ».

XC. Comme donc, c'est par l'intention du testateur qu'on juge si celui qui a refusé la tutelle doit être privé des legs que ce même testateur lui avait faits, « il suit de là, qu'il n'en est pas ainsi du tuteur donné par le préteur lorsqu'il pouvait se faire exempter de la tutelle; car celui-ci n'a contrevenu en rien à la volonté du testateur, puisque n'ayant pas été donné pour tuteur par le frère on ne peut pas dire que ce père ait voulu en lui faisant un legs, qu'il administrât la tutelle de son fils ».

§. III. *A quoi s'étend cette peine.*

XCI. Cette peine s'étend même aux legs faits aux personnes qui étaient sous la puissance du tuteur.

C'est pourquoi « celui qui a refusé d'accepter une tutelle qui lui avait été donnée par testament, doit être aussi privé des legs faits à ses enfans, à moins que le testateur ne les ait fait à ces derniers par affection pour eux, et non en considération de leur père ».

XCII. Mais celui qui a fait un legs au tuteur qu'il donnait à son fils, et le lui a de plus substitué, n'est censé lui avoir fait qu'un legs, et n'est pas censé l'avoir institué héritier en le chargeant de la tutelle.

Car Paul a répondu « que l'usage étant de donner pour tuteur à ses enfans ses meilleurs amis d'entre ses parens, on avait coutume, pour les engager à se charger de la tutelle, de leur faire

proponatur is, de quo quæritur, in testamento legatum meruisse; et idem pupillo substitutus, non est verisimile hunc demum testatorem substituere voluissse, si tutelam suscepisset; et ideo eum de quo quæritur, a legato quidem (si adhuc viveret pupillus) repellendum fuisse, a substitutione autem non esse summovendum; quum eo casu (1) etiam suscepta tutela fineretur ». *l.* 36. Paul. *lib.* 9. resp.

XCIII. Item « legatarius qui rogatus est alii omne legatum restituere, si maluit se excusare a tutela, legatum propter fideicommissarium consequitur. Cui similis est qui de falso egit, nec obtinuit (2) ». *l.* 27. Marc. *lib.* 5. regul.

SECTIO IV.

De ratione declinandæ tutelæ, nominando potiorem se.

XCIV. Qui ad tutelam (ut et ad quævis munera publica) magistratui nominantur, possunt hoc onus declinare nominando potiores se. Quocirca hæc observat Paulus :

1°. « Non recte potiorem videtur nominare, qui causam nominati potioris non expresserit ». sent. *lib.* 28. *t.* 2. §. 1.

2°. « Potior quis esse debet, non solum gradu generis (3), sed et substantia rei familiaris ». *d. t.* §. 2.

TITULUS II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei præstandis?

PERTINET quoque hic Titulus ad tractationem de administratione tutelæ : ad officium enim tutoris interdum spectat ut adeat judicem, qui statuat *ubi* et apud quem *pupillus morari vel educari debeat*. Maxime autem pertinet ad ejus officium ut curet a prætore statui modum *alimentorum* quæ pupillo sunt exhibenda.

(1) Quo pupillus ante pubertatem decessisset : qui nimirum casus est substitutionis pupillaris.

(2) Et qui impugnavit testamentum defuncti, et illud falsum dixit, regulariter id aufertur quod ipsi hoc testamento relictum est. Non tamen id aufertur quod ei relictum est ut alii restitueret, quum talis legati emolumentum ipse non consequatur.

(3) Id est, proximitate cognationis, cujus rationem et affectionem curare debet magistratus in tutelæ datione.

aussi des legs ; mais que celui dont il s'agissait, comme honoré de la confiance du testateur, ayant à ce titre mérité un legs dans le testament, et même été substitué au pupille, il n'était pas vraisemblable que cette substitution eût pour objet de lui faire accepter la tutelle ; et que par conséquent il devait être privé de son legs si le pupille était encore vivant ; mais non de la substitution dans le cas contraire (1), puisque dans ce cas son acceptation de la tutelle en aurait déterminé la cessation ».

XCIII. Et « le légataire chargé de remettre tout son legs à un autre, bien qu'il préfère se faire dispenser de la tutelle, n'en retire pas moins le legs qu'il doit restituer au fidéicommissaire, et on peut lui assimiler celui (2) qui a argué le testament de faux, quoique sans succès ».

SECTION IV.

De la manière de se faire dispenser d'une tutelle en la faisant déferer à celui qui devait en être chargé de préférence.

XCIV. Ceux qui sont appelés devant le magistrat à une tutelle ou à une charge publique quelconque, peuvent s'y soustraire en y appelant eux-mêmes celui qui devait y être appelé de préférence à eux. Paul observe à cet égard que :

1°. « Pour appeler quelqu'un qui doive être appelé de préférence, il faut énoncer la raison de préférence ».

2°. « Celui qui est ainsi appelé sera préférable, non-seulement comme plus proche parent (3), mais encore à raison de sa fortune ».

TITRE II.

Où le pupille doit demeurer et être élevé, et des alimens à lui fournir.

Ce titre appartient aussi au traité de l'administration de la tutelle, puisque c'est ordinairement au tuteur de faire statuer par le juge, où, et chez qui le pupille doit demeurer et être élevé, et surtout de faire statuer par le préteur sur les alimens à lui fournir.

---

(1) Le cas où le pupille serait mort avant sa puberté, qui est le cas de la substitution pupillaire.

(2) Celui qui a attaqué le testament du défunt comme faux, perd régulièrement ce qui lui avait été donné par ce testament, mais ne perd pas ce qui lui avait été donné pour le remettre à un autre, parce qu'il n'en devait pas jouir lui-même.

(3) A raison de son degré de parenté et de l'affection qu'il est censé porter au pupille, motifs que le magistrat doit prendre en considération en le donnant pour tuteur.

De hoc utroque tutoris officio, separatis articulis agemus.

ARTICULUS I.

Ubi pupillus morari vel educari debeat?

I. « Solet prætor frequentissime adiri ut constituat ubi filii vel alantur vel morentur; non tantum in posthumis, verum omnino in pueris ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

« Et solet ex persona, ex conditione, ex tempore, statuere ubi potius alendus sit ».

« Et nonnunquam a voluntate patris recedit prætor : Denique, quum quidam testamento suo cavisset ut *filius apud substitutum educaretur*, imperator Severus rescripsit prætorem æstimare debere, præsentibus cæteris propinquis liberorum : id enim agere prætorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus, et educetur ». *d. l.* 1. §. 1.

Pariter in provinciis, « si disceptetur ubi morari vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id præsidem statuere oportebit », *l.* 5. Ulp. *lib.* 3. *de offic. procons.*

II. De hac causa cognitione et officio magistratus in ea interponenda, simul et de effectu hujus decreti, ita rescribit Alexander : « Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est : Quando autem inter eam, et cognatos, et tutores, super hoc orta fuerit dubitatio, aditus præses provinciæ, inspecta personarum qualitate et conjunctione, perpendet ubi puer educari debeat : Sin autem æstimaverit apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere quod præses jusserit ». *l.* 1. *cod.* 5. 49. *ubi pupill. educ.*

Hoc Alexandri rescriptum nominatim confirmatur Novella XXII, cap. 3.

Cæterum, quod hic rescribit Alexander, filium matri, quæ vitricum ei induxit non esse committendum, non semper obtinuit apud Romanos, ut colligere est ex Livio qui de quodam P. Æbutio pupillo ita scribit : *Pupillus relictus sub tutela matris et vitrici fuerat. lib.* XXXIX, *n.* 9.

De hac item causæ cognitione rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Utrum nepos tuus ex filia apud te, an patruum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior sit, æstimabitur ». *l.* 2. *cod.* 5. 49. *h. tit.*

Nous traiterons dans deux articles séparés, de cette double charge du tuteur.

ARTICLE I.

Où le pupille doit demeurer et être élevé.

I. « On s'adresse ordinainairement au préteur pour faire décider où les enfans nés ou à naître doivent être nourris et demeurer ».

« On a coutume de considérer les personnes, leurs conditions et les circonstances des tems pour déterminer l'individu à qui doit être confié le pupille de préférence ».

« Quelquefois même le préteur ne se conforme pas au choix du père, et enfin l'empereur Sévère, sur l'espèce d'un père qui avait dit dans son testament, que son fils serait élevé chez son héritier substitué, a décidé, par un rescrit, que le préteur examinerait cette disposition en présence des autres parens, parce que le préteur devait pourvoir à ce que les enfans fussent élevés et nourris par des personnes exemptes de soupçons ».

Il en est de même pour les provinces « s'il y a dissidence sur la question de savoir où un pupille doit demeurer et être élevé, il faut que la question soit décidée en connaissance de cause par le président ».

II. Alexandre dit dans un rescrit sur cette connaissance de cause, sur l'intervention du magistrat et sur l'effet de ce décret : « L'éducation de vos pupilles ne peut pas être mieux confiée qu'à leur mère, pourvu qu'elle ne se soit pas remariée ; mais s'il y a contestation à cet égard entre elle, leurs cognats et leurs tuteurs, il faut s'adresser au président de la province, qui décidera cette contestation, d'après le degré de parenté et la qualité des personnes. Et quand il aura déterminé à qui l'éducation des enfans doit être confiée, celui qu'il en aura chargé devra se conformer à sa décision ».

Ce rescrit d'Alexandre est expressément confirmé par la Novelle XXII, chap. 38.

Toutefois, ce que dit Alexandre dans ce rescrit, que les enfans ne doivent pas être confiés à leur mère lorsqu'elle s'est remariée, n'était pas toujours observé chez les Romains, comme on le voit dans Tite-Live, qui dit d'un certain pupille, nommé *P. Æbutius*, qu'il avait été laissé sous la tutelle de sa mère et de son beau-père. *Lib.* XXXIX, *n.* 9.

Dioclétien et Maximien s'énoncent ainsi sur cette connaissance de cause : « On jugera si votre petit-fils issu de votre fille doit être élevé chez vous ou chez son oncle paternel, d'après l'affection que vous lui portez respectivement, et d'après le plus ou moins de soupçons que peut inspirer la probabilité de lui succéder ».

Maxime vero « in causæ cognitione evitandi sunt, qui pudicitiæ impuberis possunt insidiari ». *sup. d. l.* 5. *v. fin.*

III. Jam quis juris, si is apud quem morari pupillum statuerit prætor, nolit eum educare?

« Quamvis autem prætor recusantem apud se educari, non polliceatur se coacturum; attamen quæstionis est an debeat etiam invitum cogere; ut puta libertum, parentem, vel quem alium de affinibus, cognatisve? et magis est ut interdum debeat id facere ». *sup. d. l.* 1. §. 2.

« Certe non male dicetur, si legatarius, vel heres educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere, exemplo tutoris testamento dati. Quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum: cæterum, si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret (1), non denegabitur ei actio: et ita divus Severus sæpissime statuit », *d. l.* 1. §. 3.

ARTICULUS II.

De alimentis pupillo præstandis.

IV. « Jus alimentorum decernendorum pupillis prætori competit, ut ipse moderetur quam summam tutores, vel curatores, ad alimenta pupillis vel adolescentibus præstare debeant ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. trib.*

Tutor ipse, ea de causa, prætorem adire solet. Cæterum, ipso etiam pupillo postulante, alimenta decernit prætor. Sic enim rescribit Antoninus: « Pupillus, si ei alimenta a tutore suo non præstantur, præsidem provinciæ adeat, qui, ne in alimentorum præstatione mora fiat, partibus suis fungetur. Idem est, etsi de statu pupilli, seu adulti, et de bonis ejus controversia pendeat (2)». *l.* 1. *cod.* 5. 50. *de alim. pup. præst.*

V. « Modum autem patrimonii spectare debet, quum alimenta decernit, et debet statuere tam moderate, ut non universum reditum patrimonii in alimenta decernat, sed semper sic, ut aliquid ex reditu supersit ». *l.* 3. §. 1. Ulpian. *lib.* 1. *de omnib. tribunal.*

(1) Et hoc, vel et magna necessitudine personarum præsumitur, vel ex quibusvis aliis circumstantiis colligatur.

(2) Pendente enim illa, alimenta pupillo decernentur.

« Mais surtout « il faut, dans cette connaissance de cause, écarter ceux qu'on peut soupçonner de corrompre les mœurs de l'impubère ».

III. Voyons maintenant ce qu'il faut dire dans le cas où celui que le préteur a chargé de l'éducation du pupille, fait refus d'exécuter son jugement.

« Quoique le préteur ne promette pas de forcer l'individu qui ne veut pas élever les enfans dont il lui a donné l'éducation; il importe cependant d'examiner s'il ne doit pas l'y forcer; par exemple, si c'est un des affranchis du père, un parent, un cognat ou un allié, et alors le mieux est de dire que le préteur doit l'y contraindre dans certains cas ».

« On pourra certainement dire que si c'est un légataire ou un héritier qui, chargé en vertu du testament de l'éducation du pupille, se refuse à l'exécution de cette disposition, il faudra lui refuser pareillement action pour ce qui lui avait été donné par le même testament, comme au tuteur testamentaire qui se serait fait dispenser de la tutelle, ce qui cependant n'est applicable qu'au cas où le legs aurait été fait en considération de l'éducation des enfans; car bien que n'ignorant pas que le légataire ou héritier refuserait d'élever ces enfans, le testateur n'en eût pas moins fait ce legs; l'action ne doit pas lui être refusée (1). Ainsi l'empereur Sévère a souvent décidé ».

ARTICLE. II.

Des alimens à fournir aux pupilles.

IV. « C'est au préteur qu'appartient le droit de fixer les alimens à fournir aux pupilles ou aux mineurs, et de fixer la somme que les tuteurs ou curateurs emploieront pour cet objet.

Le tuteur a coutume de s'adresser lui-même au préteur pour cette fixation; mais le préteur décerne aussi des alimens au pupille sur sa demande. Car Antonin dit dans un rescrit : « Le pupille à qui son tuteur refuse des alimens, s'adressera au président de la province, lequel interposera son autorité pour qu'il lui en soit fourni sans retard. Il en est de même dans le cas où l'état du pupille ou de l'adulte, ou même les biens seraient contestés (2) ».

V. D'ailleurs le préteur doit considérer les forces du patrimoine du pupille en lui décernant des alimens, et les estimer toujours de manière qu'ils n'absorbent pas la totalité de ses revenus, mais qu'il lui en reste toujours quelque chose ».

---

(1) On aura égard dans ce cas à l'attachement des personnes pour les pupilles, ou autres circonstances.

(2) Parce que pendant cette contestation on donnera des alimens provisoires au pupille.

« In amplis tamen patrimoniis positis, non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit, modum alimentis dabit ». ». *d. l.* 3. §. 3.

« Sed si non constat quis modus facultatum sit, inter tutorem et eum qui alimenta decerni desiderat, suscipere debet cognitionem, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat : prius tamen exigere debet ut profiteatur tutor quæ sit penes se summa, et comminari graviores ei usuras infligi, ejus quod supra professionem apud eum fuerit comprehensum ». *d. l.* 3. §. 4.

Item, « ante oculos habere debet in decernendo, et mancipia quæ pupillis deserviunt, et mercedes pupillorum (1), et vestem et tectum pupilli : ætatem etiam contemplari, in qua constitutus est is cui alimenta decernentur ». *d. l.* 3. §. 2.

« Item, ad instructionem quoque pupillorum, vel adolescentium; pupillarum, vel earum quæ intra vigesimum annum constitutæ sunt, solet decernere respectu facultatum et ætatis eorum qui instituuntur ». *d. l.* 3. §. 5.

VI. Observandum, quum testator designavit aliquos quorum arbitrio æstimarentur alimenta pupilli, si iniqueæstimaverint, non standum eorum arbitrio, sed adeundum prætorem. V. G. in hac specie : « *Quantum filio meo diurnum sufficiat, Marina et Januaria æstimabunt.* Quæro an contenti esse debeant tutores arbitrio mulierum? Respondi, sumptum boni viri arbitrio faciendum ». *l.* 47. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Scæv. *lib.* 2. respons.

VII. Quamvis a prætore decernenda sint alimenta, tamen, decreta non fuerint, non ideo minus tutor ea reputabit, si justum modum non excesserint.

Hoc rescribit Alexander : « Quod plerumque postulatur, ut arbitrio prætoris alimenta pro modo facultatum pupillis, vel juvenibus constituantur, pro officio suo, qui aliena negotia gerunt, ne apud judicem controversiam habeant, faciunt. Cæterum, si bonus vir, et innocens tutor, arbitrio suo aluit pupillos, (quod interdum etiam necesse est fieri, ne secreta patrimonii et suspectum æs alienum pandatur, quod melius est interim tacere, quam, quum de modo bonorum quæritur, ultro proferri, et apud acta jus dicentis contra utilitatem pupillorum designari) non dubie accepto ferre debebunt ea quæ vir bonus arbitratur merito ad exhibitionem educationis, ministeria, studiaque erogata esse. Nec ferendus est juvenis qui, quum præsens esse, studiisque eruditus atque ali-

(1) Videtur legendum *præceptorum*.

« Si le patrimoine du pupille est considérable, le préteur ne souffrira pas qu'il soit absorbé en alimens, mais il les fixera dans la proportion des besoins et d'après la condition du pupille.

« Si l'on ne peut déterminer précisément l'étendue du patrimoine, le préteur doit la faire constater par enquête, et ne pas se borner à une fixation, seulement par aperçu, des alimens, de sorte qu'il n'y ait ni exiguité, ni superflu; à l'effet de quoi il doit préalablement en demander une déclaration au tuteur, en le menaçant de gros intérêts pour les sommes qu'on l'aurait surpris détenir tacitement ».

« Le préteur doit aussi considérer en décernant des alimens à un pupille, les esclaves employés à son service, les honoraires à payer à ses instituteurs (1), son entretien et son logement, le tout relativement à son âge ».

« Il doit aussi avoir égard aux facultés et à l'âge des pupilles ou adolescens de l'un et l'autre sexe mineurs de vingt ans, en leur décernant des alimens ».

VI. Il faut observer que quand le testateur a désigné des arbitres pour déterminer la préblation d'alimens dus au pupille, si ces arbitres ne les ont pas estimés équitablement, on ne s'en tient pas à leur estimation, et il faut s'adresser au préteur. Par exemple, dans l'espèce qui suit. « Le testateur a dit : Marina et Januaria estimeront ce qu'il suffira de donner par jour à mon fils. On a demandé si les tuteurs devaient s'en rapporter à l'arbitrage de ces deux femmes. J'ai répondu que les alimens devaient être fournis en bon père de famille ».

VII. Quoique ce soit au préteur de décerner les alimens, le tuteur peut cependant en déterminer la quotité jusqu'à ce que le préteur ait prononcé à cet égard, pourvu qu'ils n'excèdent pas les facultés du pupille.

C'est ce que dit Alexandre dans un rescrit : « Quoiqu'ordinairement il entre dans les attributions du préteur, de fixer les alimens à fournir aux pupilles ou aux mineurs, d'après leurs facultés, les individus qui administrent les affaires de ces mêmes pupilles, peuvent y pourvoir d'office pour éviter les procès. Si un honnête tuteur a nourri les pupilles, comme il a jugé qu'ils devaient l'être, (ce qui est quelquefois nécessaire pour ne pas faire connaître les affaires et les dettes de leurs successions, qu'il est souvent plus utile aux pupilles de cacher que de divulguer), ils devront, sans contredit, lui tenir compte de ce qu'il aura dépensé en bon père de famille pour leur entretien, leurs domestiques et leur éducation; et on n'écoutera pas l'adulte qui, à sa connaissance, a été nourri, entretenu, servi et instruit, s'il veut con-

(2) Il paraît qu'on doit lire *præceptorum*.

tus esset, (si ea per alium (1) se consecutum non probet) sumptus recuset; quasi vento vixerit, aut, nullo liberi hominis studio, imbui meruerit ». *l.* 2. *cod.* 5. 50. *de alim. pupil. præst.*

VIII. Unum observandum superest : « Sed si egeni sint pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur : Et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent quæ decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit ». *l.* 3. §. 6. Ulpianus, *lib.* 1. *de omnib. tribunal.*

TITULUS III.

De tutelæ, et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione.

POSTQUAM, pluribus titulis, ea quæ pertinent ad administrationem tutelæ et curæ exposuerunt Pandectarum ordinatores, tandem deveniunt ad actiones quæ ex hac administratione nascuntur.

Et quidem ex administratione tutelæ nascuntur actiones *tutelæ* directa et contraria. In hoc autem titulo tractatur duntaxat de directa, quæ pupillo adversus tutorem competit, cui subjungitur et tractio de alia actione quæ vocatur *de rationibus distrahendis*, quæ etiam adversus tutorem interdum competit, scilicet quum quid dolo distraxit aut intervertit ex rationibus pupilli. Denique ad similitudinem directæ actionis *tutelæ*, agitur de directa actione *utili* negotiorum gestorum *curationis causa*, quæ ex administratione curationis datur adulto adversus curatorem.

Quæ pertinent ad « contrariam *sive tutelæ, sive utilem* negotiorum gestorum *curationis causa actionem*, *videb. in tit. seq.*

SECTIO I.

De actione tutelæ *directa.*

Circa hanc actionem quæritur : 1°. cui et adversus quem competat; 2°. quum plures fuerunt tutores, quatenus quisque teneatur; 3°. quibus exceptionibus subveniatur uni ex pluribus tutoribus in solidum convento; 4°. quando et quandiu hac actione agi possit, et an et tutor pupillo hac actione acturo pecuniam subministrare debeat; 5°. quæ in actione veniant præstanda; 6°. denique agemus de privilegio hujus actionis.

---

(1) *Per alium* quam per tutorem.

tester les dépenses qu'on cru a devoir faire, comme s'il eût pu vivre d'air et n'eût point eu besoin d'éducation; à moins qu'il ne prouve que ces dépenses ont été faites par un autre (1) ».

VIII. Il reste encore une chose à observer. C'est que « si les pupilles sont pauvres, leur tuteur n'est pas tenu de les alimenter à ses dépens; et que si leur fortune a diminué depuis qu'il leur a été décerné des alimens, la quotité en doit diminuer proportionnellement, comme elle devrait augmenter si leur fortune eût augmenté elle-même ».

TITRE III.

De l'action de la tutelle, des comptes frauduleux, et de l'action utile de la curatelle.

Après avoir expliqué dans plusieurs titres, ce qui est relatif à l'administration de la tutelle et de la curatelle, les rédacteurs des Pandectes passent enfin aux actions qui naissent de cette double administration.

De l'administration de la tutelle dérivent, à la vérité, l'action directe et l'action contraire de la tutelle; mais nous ne traiterons dans ce titre que de l'action directe qu'on accorde au pupille contre son tuteur; après quoi nous traiterons d'une autre action, appelée l'action des comptes frauduleux, qui a aussi quelquefois lieu contre le tuteur; c'est-à-dire, lorsqu'il a frauduleusement distrait de son compte de tutelle; et enfin de l'action utile de la gestion des affaires, qui est accordée à l'adulte contre son curateur pour l'administration de sa curatelle, à l'instar de l'action directe de la tutelle.

Pour ce qui concerne l'action contraire de la tutelle ou l'action contraire utile de la gestion des affaires, qui naît de la curatelle, voyez le titre suivant.

SECTION I.

De l'action directe de la tutelle.

Par rapport à cette action, nous examinerons 1°. à qui et contre qui elle est donnée; 2°. jusqu'à quel point en est tenu chacun de plusieurs tuteurs; 3°. par qu'elles exceptions on subvient à un de plusieurs tuteurs actionnés solidairement; 4°. quand et pendant combien de tems cette action peut être intentée, et si le tuteur est tenu d'avancer les frais de poursuites que ferait le pupille en intentant cette action contre lui; 5°. ce qui entre dans cette action; 6°. enfin, quel est le privilége de cette action.

(1) Par un autre que son tuteur.

ARTICULUS I.

Cui et adversus quem competat?

I. Non solum pupillo adversus tutorem, sed « hanc actionem etiam in heredem tutoris competere constat ». *l.* 1. §. 16. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Sed et heredi pupilli æque competit, similibusque personis ». *d. l.* 1. §. 17.

II. Et quidem is « qui tutor negotia pupilli gessit, quamvis in nulla re auctor pupillo fuerit, quin tutelæ judicio teneatur dubitari non oportet : quid enim prohibet ita patrimonium pupilli compositum esse, ut nihil gerere necesse sit, in quo tutoris auctoritas interponi debeat? *l.* 18. *ff.* 26. 7. *de administ. et peric. tut.* Julian. *lib.* 21. *dig.*

III. « Si filiusfamilias tutor a prætore datus sit; si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri; si non agnovit, duntaxat de peculio (1) ».

« Agnovisse autem videtur, sive gessit, sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit tutelam. Unde quum quidam filio scripsisset ut diligenter tutelam gereret : *quum scias* (inquit) *periculum ad nos pertinere* : dixi, hunc quoque videri agnovisse ».

« Plane, si solum monuit filium, non videtur agnita ». *l.* 7. *ff.* 26. 1. *de tutelis*, Ulp. *lib.* 2. *disput.*

Denique agnovisse videor, non si simpliciter consentiam ut filius meus tutor sit, sed si consensero ut geram ego, aut ille periculo meo gerat.

Inde species sequens : « Lucius-Titius Gaium-Seium filiumfamilias testamento filio suo tutorem dedit : Gaius-Seius, sciente et consentiente patre, tutelam administravit : quæro an, defuncto Gaio Seio, actio tutelæ adversus patrem ejus, et in quantum competat? Marcellus respondit, secundum ea quæ proposita essent, actione de peculio (2) et de in rem verso patrem teneri; nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum, ad obligandum eum in solidum : nisi forte contutore, vel alio quo volente eum facere suspectum, intercessit, et quasi in se periculum recepit ». *l.* 21. *ff.* 26. 7. *de administ. et peric. tut.* Marcell. *lib. singul. resp.*

Quum filio, ut decurioni, tutela aliqua injuncta est; puta, si lex erat curiæ; ut decuriones in suam quique vicem tutores crearentur liberis quos aliquis ex ordine relinqueret : pater, cujus vo-

(1) Filius autem tenetur ipse, ut infra *n.* seq.

(2) Annali.

ARTICLE I.

A qui et contre qui cette action est donnée.

I. Cette action n'est pas donnée seulement au pupille contre le tuteur, « il est constant qu'elle a lieu aussi contre l'héritier du tuteur ».

« Et même qu'elle est donnée à l'héritier du pupille ou autres successeurs ».

II. « Le tuteur qui a géré les affaires du pupille est sans contredit passible de l'action de la tutelle, bien qu'en aucun cas il n'ait eu besoin de lui prêter de son autorisation; ne peut-il point en effet arriver que le patrimoine du pupille ne soit tel, qu'il n'ait jamais été nécessaire qu'il fût autorisé par son tuteur ».

III. Si un fils de famille a été donné pour tuteur par le préteur, et que son père ait accepté la tutelle, celui-ci en sera tenu solidairement. Dans le cas contraire, il n'en sera tenu qu'à la concurrence du pécule de son fils (1); mais il sera censé l'avair acceptée s'il a consenti à ce que son fils l'administrât, ou s'il s'y est immiscé de quelque manière que ce soit; c'est pourquoi un père ayant écrit à son fils de gérer soigneusement sa tutelle en lui disant : « *Vous savez que les périls de cette tutelle nous concernent.* J'ai répondu qu'il était censé avoir accepté cette tutelle ».

« Mais il en serait autrement s'il n'eût fait qu'avertir son fils ».

Enfin je suis censé avoir accepté une tutelle, non pas lorsque j'ai seulement consenti à ce que mon fils en fût chargé; mais lorsque j'ai consenti à la gérer moi-même, ou à ce qu'il l'a gérât à mes risques et périls.

De là l'espèce suivante : « Lucius Titius, par son testament, a donné Gaius Seius, fils de famille, pour tuteur à son fils. Gaius Seius a administré la tutelle à la connaissance et du consentement de son père. On a demandé si et à quel point l'action de la tutelle devait avoir lieu contre le père de Gaius Seius; après sa mort Marcellus a répondu que, d'après l'exposé, le père de Gaius était tenu à la concurrence du pécule de son fils (2), et des sommes employées dans ses affaires; parce qu'il était indifférent dans ce cas qu'il eût su et consenti l'administration de son fils, à moins qu'il n'eût empêché le cotuteur de le denoncer comme suspect, et eût en quelque sorte ainsi pris sur lui même les risques de la gestion ».

Si une tutelle avait été donnée à un fils de famille comme décurion, c'est-à-dire, parce que, suivant les statuts de sa curie, les décurions étaient donnés chacun à leur tour pour tuteurs aux en-

(1) Le fils en sera tenu lui-même, comme on va le voir dans le *n.* suivant.

(2) Pendant un an.

luntate decurio factus est, videtur tacite hanc tutelam adgnovisse: videtur enim consensisse omnibus muneribus quæ decurionatus essent sequela.

Hinc Severus et Antoninus : « Quum filiusfamilias tutor, aut curator datur, pater tutelæ vel negotiorum gestorum judicio, de peculio, et de in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus, et a magistratibus tutor constitutus, pater in solidum satisfacere cogitur, quum id onus, exemplo cæterorum munerum civilium, introductum (1) intelligitur ». *l.* 1. *eod.* 4. 26. *quod cum eo qui in alien.*

IV. Cæterum pater, cujus voluntate filius tutor factus est, tenetur ex gestis a filio, eo duntaxat tempore quo in potestate fuit. Hinc, « si filiusfamilias tutelam administraverit, et liberatus patria potestate, dolo aliquid fecerit; an actio tutelæ patrem quoque hoc nomine teneat, quæritur? Et æquum est ut eum duntaxat dolum pater præstet, qui commissus est ante emancipationem filii ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 31. *ad ed.*

At non solum patrem cujus voluntate tutor factus est, sed et ipsum « filiumfamilias emancipatum (2), si tutelam administret, etiam directo teneri Julianus putat ». *l.* 4. §. 1. Paul. *l.* 8. *ad Sab.*

Varie autem tenetur pro eo quod gessit dum in potestate erat, et pro eo quod gessit postquam solutus est. Nam, « si filiusfamilias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus, remanere eum tutorem Julianus ait; et quum pupillus adoleverit, agendum cum eo, ejus quidem temporis quod est ante emancipationem, in quantum facere potest (3), ejus vero quod est post emancipationem, in solidum : cum patre vero duntaxat de peculio (4); *manere* enim adversus eum etiam post pubertatem *de peculio* actionem ». *l.* 11. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

---

(1) Sensus est : pater hoc ipso quod consensit decurionatui filii, videtur tacite consensisse omnibus muneribus quæ filio tanquam decurioni injungerentur, adeoque consensisse huic tutelæ, quam tanquam decurio suscepit. Videtur ergo patris voluntate tutor factus, et ideo tenetur pro eo pater in solidum. Hæc ratio cessat in specie legis 3. §. *fin. ff.* 15. *de pecul. et l.* 1. §. 5. *ff.* 50. 1. *ad municip.* in quarum legum specie, filius decurio non fuit tutor, sed pupillo tenetur eo nomine quod a tutoribus ejus satis non exegit.

(2) Sed et dum in potestate manet, tenetur.

(3) Vid. supra, *lib.* 14. *tit.* 5. *quod cum eo qui in alien.* quando, et quibus casibus filiusfamilias hoc privilegio gaudeat.

(4) De his scilicet quæ filius ante emancipationem, et quidem ita, si fi-

fans d'un décurion après sa mort, son père ayant consenti à ce qu'il fût fait décurion, serait censé avoir accepté cette tutelle; parce qu'il serait censé avoir accepté tout ce qui serait une suite des charges inhérentes aux fonctions de décurion.

C'est pourquoi Sévère et Antonin disent : « Toutes les fois qu'un fils de famille est donné pour tuteur ou curateur, son père est passible de l'action de la tutelle, ou de l'action de la gestion des affaires à la concurrence du pécule de son fils ou de ce qui est entré dans ses affaires; et s'il a consenti à ce qu'il fût fait décurion, les magistrats l'ayant ensuite donné pour tuteur, il est soumis à l'action de la tutelle solidairement avec lui, parce qu'à cet égard la charge de la tutelle est assimilée aux autres charges civiles (1) ».

IV. Mais le père qui a consenti à ce que son fils fût donné pour tuteur, n'est tenu de la gestion de son fils que pour le tems qu'il est resté sous sa puissance. C'est pourquoi « si un fils de famille a administré une tutelle, et qu'il ait commis quelque fraude, dans cette administration, depuis qu'il était sorti de la puissance paternelle; on demande si son père sera tenu de cette fraude par l'action de la tutelle : l'équité veut qu'il ne soit tenu que de celle qui aurait précédé l'émancipation de son fils ».

Et non-seulement le père qui a consenti à ce que son fils fût donné pour tuteur, mais encore « ce fils, lui-même, est directement tenu de la tutelle qu'il a administrée depuis son émancipation (2), selon l'opinion de Julien ».

Mais il est différemment tenu pour le tems où il a géré sous la puissance de son père, et pour le tems qui s'est écoulé depuis qu'il en était sorti. Car « si un fils de famille a administré une tutelle et a été ensuite émancipé; suivant Julien, il reste toujours tuteur, et le pupille devenu majeur doit l'actionner à la concurrence de ses facultés, pour le tems qui a précédé son émancipation (3); cependant il pourra être solidairement actionné pour le tems qui a suivi cette émancipation; mais son père ne devra l'être qu'à la concurrence du pécule (4), parce qu'il reste encore soumis à l'action du pécule après la majorité de son fils ».

---

(1) Le sens est que le père ayant consenti à ce que son fils fût fait décurion, est censé avoir tacitement consenti à tout ce qui serait la suite de cette dignité, et par conséquent à ce que son fils fût donné pour tuteur comme décurion. Il est donc censé avoir consenti à ce qu'il fût donné pour tuteur, et par conséquent tenu solidairement pour lui de l'action de la tutelle. Cette raison n'a pas lieu dans l'espèce de la *l.* 3. §. *fin de pecul.*, ni dans celle de la *l.* 2. §. 5. *ff. sur les charges municipales*, dans l'espèce desquelles le fils décurion n'a pas été tuteur, mais est tenu envers le pupille de ce qu'il n'a pas exigé caution de ses tuteurs.

(2) Il en est de même tenu pour le tems où il était sous la puissance de son père.

(3) Voyez ci-dessus, *liv.* 14. *tit. du contrat fait avec celui qui est sous la puissance d'autrui*, quand et dans quel cas le fils de famille jouit de ce privilége.

(4) C'est-à-dire, pour ce qui a précédé l'émancipation; et il en est ainsi

V. Dictis consonat Papinianus : « Tutorem qui tutelam gerit, Sabinus et Cassius, prout gerit, in singulas res per tempora (1), velut ex pluribus causis, obligari putaverunt ».

« Secundum quam sententiam servus institor dominicæ mercis, vel præpositus debitis exigendis, si liber factus in eodem actu perseverat, quamvis tempore servitutis obligari non potuerit, præteriti temporis nomine, actione negotiorum gestorum non inutiliter convenietur, earum scilicet rerum, quæ connexam rationem cum his, quæ postea gesta sunt, habuerunt (2). Sic enim et tutelæ judicium earum quoque rerum causa tenere placuit, quæ post pubertatem administrantur, si posterior actus priori cohæreat, neque divisus propriam rationem habet ».

« Inde descendit quæstio quæ vulgo circa filiumfamilias tractata est, qui tutor testamento datus, post tutelam gestam emancipatus in eodem officio perseveravit : et secundum Sabini et Cassii sententiam, eveniet ut de eo quidem quod post emancipationem gestum est, in solidum conveniri possit ; de præterito autem, sive peculium non sit ademptum, sive ademptum sit, in id quod facere possit : quod si superioris temporis nomine, patrem de peculio pupillus convenire maluerit (annus enim utilis, ex quo tutela agi posse cœpit (3), computabitur) : ne capiatur pater, inducta (4) totius temporis causa, tempus quo filiusfamilias tutelam gessit, comprehendendum erit ». *l.* 37. *pp. et* §§. 1. *et* 2. *ff.* 26. 7. *de admin. et per. tut.* Papin. *lib.* 11. *quæst.*

ARTICULUS II.

Quum plures fuerunt tutores, quatenus quisque actione tutelæ *teneatur ?*

VI. « Nunc tractemus, si plures tutelam pupilli administraverint, pro qua quisque eorum parte conveniendus sit ». *l.* 1. §. 10. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

---

lius non fuit voluntate ejus tutor : alioquin, ut diximus, tenetur in solidum ; non vero duntaxat *de peculio.*

(1) Id est, habita differentia, ejus scilicet quo fuit filiusfamilias, et ejus quo jam sui juris factus erat.

(2) Vid. supra, *lib.* 3. *tit.* 5. *de negot. gest.* in notis ad *n.* 27 et 28.

(3) Adeoque demum a die finitæ tutæ.

(4) *Inducta totius temporis*, quo tutela duravit, *causa*, erit separanda causa ejus temporis tutor fuit filiusfamilias : *ne* alioquin *capiatur* pater, qui non debet teneri nisi pro eo tempore quo filius tutor in potestate ejus fuit.

V. C'est conformément à ces principes, ci-dessus énoncés, que Papinien dit : « Sabinus et Cassius ont pensé que le tuteur qui administre une tutelle contracte des obligations différentes en raison des tems où il l'aura admininistrée (1) ».

« Suivant cette opinion si un esclave, que son maître a mis comme facteur à la tête de son commerce, ou a préposé au recouvrement de ses créances, demeure dans le même état après avoir été affranchi; et quoiqu'il n'ait pas pu s'obliger pendant qu'il était en servitude, on pourra néanmoins intenter contre lui l'action de la gestion des affaires pour celles qu'il aura faites alors, et qui se trouveront avoir quelque connexion avec celles qu'il a faites depuis (2); car c'est ainsi qu'il a été décidé que l'action de la tutelle continuait d'avoir lieu après la majorité du pupille, si ce que le tuteur a fait, étant en rapport direct avec les affaires qu'il a faites depuis, n'en pouvait être séparé ».

De là naît une question souvent agitée, et concernant le fils de famille qui ayant été donné pour tuteur, par testament, a été émancipé depuis la majorité du pupille, et a néanmoins continué de gérer la tutelle de ce pupille. Selon l'avis de Sabinus et de Cassius, il arriverait qu'il pourrait être actionné solidairement pour ce qu'il aurait fait postérieurement à son émancipation, et seulement à la concurrence de ses facultés pour ce qu'il aurait fait antérieurement, soit que son pécule lui eût ou ne lui eût pas été ôté; et que si le pupille préférait d'actionner le père à la concurrence du pécule (et à cet effet, il a une année à compter du jour que l'action de la tutelle a pu être intentée (3)), il faudra confondre tous les tems de la gestion du fils de famille, pour que son père n'en éprouve aucun préjudice (4) ».

ARTICLE II.

A quel point chacun de plusieurs tuteurs est passible de l'action la tutelle.

VI. « Examinons maintenant jusqu'à quel point est passible de l'action de la tutelle chacun de plusieurs tuteurs qui ont administré la même tutelle ».

---

s'il n'a pas été donné pour tuteur du consentement de son père ; car autrement, comme nous l'avons dit, il en serait tenu solidairement, et non pas à la concurrence du pécule seulement

(1) En distinguant le tems où il fut fils de famille de celui où il était devenu maître de ses droits et actions.

(2) Voyez ci-dessus, *liv.* 3. *tit. de la gestion des affaires*, dans les notes sur les *n.* 27 et 28.

(3) Et par conséquent à compter du jour où la tutelle était finie.

(4) Dans l'estimation du tems qu'a duré la tutelle il faut distinguer le tems pendant lequel le tuteur était fils de famille, pour ne pas préjudicier à son père, qui ne peut être tenu que pour le tems où son fils a été sous sa puissance.

Tres casus hic distinguendi sunt : vel enim tutelæ administratio inter illos divisa non fuit, vel contra fuit divisa a testatore aut judice, vel privata duntaxat eorum conventione divisa fuit.

De singulis his casibus ita rescribunt Carinus et Numerianus :

1°. « Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco, seu provincia constitutos, facta necdum fuerit; licentiam habet adolescens, et unum eorum eligere, et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo, adversus cæteros tutores, seu curatores actionum ei competentium facienda.

2. « In divisionem autem administratione deducta, sive a præside, sive testatoris voluntate; unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus, seu curatoribus non sustinentibus; nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt; quum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte jura pupilli prodiderunt : nec prodest eis dicentibus eum contutorem suum non administrasse res pupillares (1) ».

3. « Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones quas adversus alios habet, ad electum transferat ». *l.* 2, *cod.* 5. 52. *de div. tutel.*

VII. Et quidem in supra dictis casibus primo et tertio, « heredibus quoque pupillorum electio eadem adversus tutores, in quo potissimum consistere velint, competit, quæ ipsis, quorum tutela administrata sit ». *l.* 33. §. 2. *ff.* 26. 7. *de administr. et peric. tut.* Callist. *lib.* 4. *de cognit.*

Quinetiam, « ex duobus tutoribus, si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur ». *l.* 18. §. 1. *d. tit.* Julian. *lib.* 21. *digest.*

Sed hæc stricto jure obtinent. Ex æquitate autem, variis exceptionibus subvenitur tutori pro contutore convento, de quibus videbimus art. seq.

Secundo autem casu, contutores, si quando (ut dictum est) tenentur, in subsidium duntaxat contutoris tenentur.

« Usque adeo autem ad contutores non venitur, si (2) sint solvendo contutores, ut prius ad magistratus qui eos dederunt, vel ad fidejussores veniatur : et ita imperator noster Ulpio-Proculo rescripsit : quod enim Marcellus, libro 8 Digestorum, scripsit,

(1) Hoc ipso enim tenentur, quod eum, propterea quod non administrabat, suspectum non fecerunt. Vid. *lib.* præced. *tit.* 10. *de susp. tut. n.* 16.

(2) Legendum *si non sint;* ut observat Cujacius ad *lib.* 5. *tit.* 52. *cod. de divid. tut.*

Il faut ici distinguer trois cas où l'administration de cette tutelle n'a pas été divisée entre eux; ou elle a été divisée au contraire par le testateur ou par le juge; ou ils ont divisé eux-mêmes par une convention privée.

Carinus et Numerianus ont compris ces trois cas dans un rescrit :

1°. « Si l'administration de la tutelle ou la curatelle n'a point été divisée entre les tuteurs ou curateurs donnés pour le même lieu ou la même province, il sera loisible au mineur d'en actionner un seul à son choix, pour ce qu'ils lui doivent, en cédant à celui-là toutes ses actions contre les autres ».

2°. « Mais si la division de l'administration a été faite entre ces tuteurs ou curateurs, soit par le président, soit par le testateur, les pupilles devront actionner chacun d'eux séparément, sans recours contre les autres dans le cas de l'insolvabilité de l'un d'eux; à moins qu'ils n'eussent négligé, par dol ou par fraude, de le dénoncer comme suspect, ou que la dononciation ait été trop tardive, ou que les pupilles ne l'eussent eux-mêmes actionné comme tel; et ils allégueraient inutilement que ce cotuteur n'aurait point administré les biens des pupilles (1) ».

3°. « Mais s'ils ont divisé eux mêmes l'administration entre eux, cela n'empêchera pas le mineur d'en actionner un à son choix pour le tout, en lui cédant ses actions contre les autres ».

VII. Et même dans le premier et le troisième des cas ci-dessus, « les héritiers des pupilles pourront, comme les pupilles dont on a administré la tutelle, attaquer celui des tuteurs qu'ils jugeront à propos d'actionner ».

Et de plus, « si l'action a été intentée contre un de ces tuteurs, les autres ne seront pas libérés pour cela ».

Toutefois il n'en est ainsi que dans la rigueur du droit, car d'après l'équité on subvient par différentes exceptions au tuteur qui a été actionné pour son cotuteur, comme on va le voir dans l'article suivant.

Dans le second cas, lorsque les cotuteurs sont tenus, comme on vient de le dire, ils ne le sont que subsidiairement.

« Cela est si vrai qu'on ne s'adresse au tuteur, qu'autant que son cotuteur est insolvable (2), et qu'on attaque plutôt les magistrats qui l'ont donné, et ses garans. Ainsi l'a décidé notre empereur dans un rescrit adressé à Ulpius Proculus. Car, ce que dit Mar-

(1) Car ils sont tenus pour cela seul qu'ils n'ont pas dénoncé ce tuteur comme suspect de ne point administrer. Voyez le livre précédent, *tit. des tuteurs suspects*, *n.* 16.

(2) Il faut lire *si non sine*, comme l'observe Cujas sur le titre du *cod. de la division de la tutelle.*

quodque sæpissime rescriptum est, *quandiu* vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus qui dederunt, veniri, sic erit accipiendum, si non contutor ob hoc (1) conveniatur, quod suspectum facere vel satis exigere noluit ». *l.* 1. §. 15. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

VIII. Tutoribus inter quos ab initio, a testatore, aut judice divisa est tutela; similes sunt hi quorum alter testamentarius, alter in locum testamentarii mortui aut remoti suffectus est a magistratu; ut videre est in specie sequenti :

« Quum testamento duo tutores dati essent pupillo, et alter ex his vita defunctus fuisset; in locum ejus, petente matre, ex præsidis provinciæ præcepto (2) a magistratibus alius tutor datus est, a quo magistratus satis exegerunt *rem salvam fore*. Tutor testamento datus, postea datum suspectum fecit. Quæsitum est in quantum teneatur? Paulus respondit : tutorem testamento datum, pro ea parte conveniri oportere, pro qua parte administravit; pro contutoris autem portione, prius eos conveniri debere, qui pro eo se obligaverunt, vel magistratus qui eum dederunt : tunc, si solidum pupillus consequi non potuerit, de officio contutoris quærendum an suspectum facere debuerit, præsertim quum suspectum quoque eum postulasse dicatur. Alias quidem, quum magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excusati (3) fuerint. In proposito, quum unus a magistratibus datus proponeretur, non est visum prius collegam conveniendum, qui et suspectum fecit, et testamento datus est : perindeque habendos singulos, ac si in partes dimidias tutores dati essent ». *l.* 46. §. 6. *ff.* 26. 7. *de administr. et peric. tut.* Paul. *lib.* 9. *resp.*

IX. Vidimus quando tutores singuli in solidum, et quando duntaxat prout quisque gessit, teneantur. Observandum superest quod rescribunt « divi Severus et Antoninus Augusti Sergio-Juliano : forma (4) qua singuli tutores, prout quisque gessit tutelam, nonnunquam in solidum tenentur, duntaxat intra pubertatis tempora

(1) *Ob hoc* duntaxat.

(2) *Præceptum*, seu jussum *præsidis* cave confundas cum delegatione. Tutoris datio quum lege concessa sit, nec ex primævo magistratus jure præsidi competat, non potest delegari Non igitur ex delegatione præsidis, sed jure proprio et lege sibi concesso magistratus municipales dant tutores : supra. *lib.* 26. *tit.* 5. *de tutor. et curat. dat. n.* 2. Cæterum, hoc jus cum ea limitatione ipsis concessum est, ut de ea re necesse haberent consulere præsidem, ejusque jussum expectare.

(3) Id est, eorum facultates excusæ.

(4) Id est, jus quo.

cellus, *lib.* 8. *dig.*, et ce qu'énoncent également plusieurs rescrits, que les magistrats qui ont donné des tuteurs ne peuvent pas être attaqués tant qu'il y a un de ces tuteurs qui n'est pas insolvable, s'entend du cas où le cotuteur n'est pas actionné pour n'avoir pas dénoncé les autres comme suspects, ou n'en avoir pas exigé caution (1) ».

VIII. Il faut assimiler aux tuteurs entre lesquels la tutelle a été divisée dès l'origine par le testateur ou par le juge, ceux dont l'un a été donné par le testament, et l'autre par le magistrat, en remplacement d'un tuteur testamentaire mort, ou destitué comme suspect, comme on va le voir dans l'espèce suivante :

« Deux tuteurs avaient été donnés par testament à un pupille. L'un étant mort, le président de la province a ordonné qu'on lui en donnât un autre sur la demande de sa mère (2), et les magistrats lui en ont donné un, de qui ils ont exigé caution pour la conservation des biens. Le tuteur testamentaire l'a dénoncé comme suspect. On a demandé à quel point il serait tenu de la tutelle ; Paul a répondu que le tuteur testamentaire devait être actionné pour la portion qu'il avait administrée ; et qu'à l'égard de la portion du tuteur, donné par le magistrat, il fallait attaquer ceux qui l'avaient cautionné, ou les magistrats qui l'avaient donné ; que, si le pupille n'était point indemnisé en totalité, il fallait examiner si le tuteur testamentaire avait dû faire destituer son cotuteur, surtout dans le cas où il l'aurait dénoncé comme suspect. A la vérité, lorsque les magistrats ont donné plusieurs tuteurs à un pupille, celui-ci ne peut les actionner qu'après les avoir tous discutés (3). Mais dans l'espèce proposée, les magistrats n'en ayant donné qu'un, il n'a pas paru juste de faire actionner celui qui avait dénoncé son collègue comme suspect, et avait été donné par testament ; mais qu'il fallait considérer ces deux différens tuteurs comme donnés chacun pour la moitié des biens du pupille ».

IX. Nous avons vu quand les tuteurs étaient tous tenus solidairement, et quand chacun d'eux n'était tenu que de sa gestion ; il nous reste à observer ce que disent « Sévère et Antonin dans un rescrit adressé à Sergius Julianus, fils d'Auguste, que le principe (4) en vertu duquel chaque tuteur est tenu de sa ges-

(1) Pour cela seulement.

(2) Il ne faut pas confondre cette ordonnance du président avec une délégation de juridiction. Le droit de donner des tuteurs ne lui appartenant qu'en vertu d'une loi, et n'étant point inhérent à sa magistrature, ne peut pas être délégué. Ce n'est donc point par délégation du président, mais en vertu de la loi et du droit que les magistrats municipaux donnent des tuteurs, comme on l'a vu ci-dessus, *tit. de la nomination des tut. et curat. n.* 12. Mais ce droit leur étant donné avec la restriction de consulter le président, ils doivent nécessairement attendre son ordonnance.

(3) C'est-à-dire, après avoir discuté leurs facultés.

(4) C'est-à-dire, le droit.

locum habet, non etiam si post pubertatem administraverint (1) ». *l.* 31. *ff. d. tit.* Modest. *lib.* 1. *excus.*

ARTICULUS III.

Quibus beneficiis subveniatur uni ex pluribus tutoribus, actione tutelæ *in solidum convento?*

Uni ex pluribus tutoribus in solidum actione *tutelæ* convento, variis exceptionibus succurri solet; scilicet exceptione *divisionis*, exceptione *ordinis*, et exceptione *cedendarum actionum.*

§. I. *De exceptione* divisionis.

X. « Et, si quidem omnes simul gesserunt tutelam, et omnes solvendo sunt, æquissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus, exemplo fidejussorum (2) ». *l.* 1. §. 11. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Sed, et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt, dividitur actio. Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri ». *d. l.* 1. §. 12.

Quod « si plures tutelam non administraverint, et omnes solvendo sunt, utrum, quia nullæ partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit? An, ut ejusdem pecuniæ debitores, excipere debebunt periculi societatem? Quod magis ratio suadet ». *l.* 38. *ff.* 26. 7. *de admin. tut.* Pap. *lib.* 12. quæst.

« Si quidam ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio cæteri. Nec inique, quum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit ». *d. l.* 38. §. 1.

XI. « Ex eo quod plures tutores, aut curatores, quum omnes solvendo sint, beneficium divisionis habeant, illud consequitur quod ait Papinianus in specie sequenti: « Curatores adolescentis, mutui periculi gratia, cautionem invicem sibi præbuerunt, et in eam rem pignora dederunt. Quum officio deposito solvendo fuissent, irritam cautionem (3) esse factam, et pignoris vinculum solutum apparuit ». *l.* 39. §. 5. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Papin. *lib.* 5. resp.

---

(1) Nam quum desierint esse contutores, alter pro altero teneri non potest; sed tenetur unusquisque, prout gessit.

(2) Vid. infra, *lib.* 46. *tit.* 1. *de fidejussorib.*

(3) Quum enim tutor non teneatur nisi pro eo suo contutore qui solvendo non est; quum omnes solvendo sunt, neuter pro altero tenetur, adeoque supervacanea ipsis est hæc cautio.

tion, et quelquefois solidairement pour les autres, ne s'observe que pour le tems de la minorité du pupille, et n'est pas applicable à l'administration prolongée au-delà de sa majorité (1) ».

ARTICLE III.

Quels bénéfices on accorde, et au moyen desquels on subvient à un de plusieurs tuteurs contre qui l'action de la tutelle a été solidairement intentée.

On a coutume de subvenir à un de plusieurs tuteurs contre qui l'action de la tutelle a été solidairement intentée par plusieurs exceptions, savoir : par l'exception de la division, par celle de l'ordre, et par la cession de ses actions.

§. I. *De l'exception de la division.*

X. « Si tous les tuteurs ont géré la tutelle conjointement, et sont tous solvables, il faudra, conformément aux principes d'équité, diviser l'action entre eux par portion égale, à l'instar (2) des garans ».

« Mais quand ils ne sont pas tous solvables, l'action se divise entre ceux qui le sont, mais ils ne seront actionnés qu'en raison de leur solvabilité ».

« Toutefois, « si plusieurs des tuteurs n'ont pas administré la tutelle, et qu'ils soient tous solvables, dans le cas où ils se trouveraient n'en avoir administré aucune des portions, y aurait-il encore lieu à la division ? ou comme débiteur de la même somme, ne pourront-ils pas dire qu'ils doivent partager les périls communs ? C'est ce qui me paraît le plus raisonnable ».

« Si quelques-uns d'entre eux sont insolvables, il n'est pas douteux que leur portion de la dette ne soit une charge que les autres doivent concurremment supporter. Ce qui n'est point contraire à l'équité, puisque la négligence de chacun d'eux a concouru aux pertes qu'éprouve le pupille ».

XI. De ce que plusieurs tuteurs ou curateurs sont admis à jouir du bénéfice de division lorsqu'ils sont tous solvables, il s'ensuit ce que dit Papinien sur l'espèce suivante. « Les curateurs d'un mineur s'étaient donné réciproquement caution et des gages pour les périls communs. S'étant tous trouvés solvables à la fin de leur gestion, il a été décidé que leur cautionnement était réciproquement nul (3) et leurs gages libérés ».

---

(1) Car ayant cessé d'être cotuteur, l'un ne peut pas être tenu pour l'autre, mais chacun est tenu de sa gestion.

(2) Voyez ci-après *liv.* 46. *tit. des garans.*

(3) Parce qu'un tuteur n'étant tenu que pour son cotuteur insolvable, lorsque tous sont solvables, l'un ne peut pas être tenu pour l'autre, et par conséquent leurs cautionnemens sont inutiles.

Illud pariter consequitur, quod « tutoribus idoneis diem functis, vice mutua periculum ad heredes eorum non redundat; quod non habuit locum, officio tutelæ manente ». *d. l.* 39. §. 10.

De exceptione divisionis plura infra *lib.* 46. *tit.* 1. de fidejussorib.

§. II. *De exceptione* ordinis.

XII. Exceptio de qua mox egimus, tunc locum habet quum tutores vel omnes gesserunt, vel nullus gessit. Quod si unus gessit, alter non gessit, et is qui non gessit, conveniatur, locus est exceptioni ordinis.

Enimvero, licet tutorum conventione, mutuum periculum minime finiatur; tamen, eum qui administravit, si solvendo sit, primo loco, ejusque successores conveniendos esse non ambigitur (1) ». *l.* 3. *cod.* 5. 52. *de divid. tut.* Diocl. et Maxim.

Similiter Papinianus : « In eum qui tutelam gerere noluit, post cæteros qui gesserunt, actionem utilem (2) tutelæ dari placuit ». *d. l.* 39. §. 11. *ff.* 26. 7. *de adm. et peric. tut.*

XIII. Quod dicimus, eum qui non gessit teneri duntaxat in subsidium ejus qui gessit, obtinet circa ea duntaxat quæ gesta sunt.

Hinc statim addit Papin. : « Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia periit, citra substitutionis ordinem æqualiter omnium periculum spectat ». *d.* §. 11.

Similiter Tryphoninus : « Item in eo quod nemo gessit, non utique periculum ejus est, qui quædam gessit, sed communiter omnium : exigi autem ab eo solo periculum, ob alia quæ non gessit, non oportet ».

« Nisi si qua talia sunt, quæ vel consummationem cœptorum ab eo desiderabant, vel ita conjuncta fuerunt, ut separari non debuerint ». *l.* 35. §. 3. *d. t.* Tryph. *lib.* 14. disp.

XIV. Satis autem gessisse videtur quis, ut primario conveniri possit, si alteri, sive extraneo, sive contutori expresse vel tacite gerere mandavit.

---

(1) Adde *l.* 6. *cod.* 5. 51. *arbitr. tutel.*

(2) Actio *tutelæ* proprie ad exigendam administratæ tutelæ rationem competit. Igitur adversus eum qui non administravit, *utilis* duntaxat dari potest.

Il s'ensuit également que « ces tuteurs étant venus à mourir tous solvables, leurs héritiers ne sont pas plus tenus les uns envers les autres, que ne l'étaient eux-mêmes les tuteurs de leur vivant ».

Nous parlerons encore de cette exception dans le livre 46, titre *des garans ou repondans.*

§. II. *De l'exception d'ordre.*

XII. L'exception dont nous venons de parler, a lieu lorsque tous les tuteurs ont administré la tutelle ou qu'aucun d'eux ne l'a administrée; mais si un d'eux s'est immiscé dans l'administration et que l'autre ne l'ait point fait, ce dernier étant actionné, il y a lieu à l'exception d'ordre.

En effet, « quoique les périls de la tutelle ne cessent pas d'être mutuels, d'après la convention qu'en ont faite les tuteurs, il est néanmoins certain qu'on doit d'abord attaquer celui qui a administré, ainsi que ses héritiers (1) ».

Papinien dit également : « Il a été décidé que celui des tuteurs qui n'avait pas voulu administrer la tutelle, serait soumis à l'action utile de la tutelle (2) après la discussion de ceux qui l'avaient administrée ».

XIII. Ce que nous disons que celui qui n'a point administré la tutelle, n'est tenu que subsidiairement pour ceux qui l'ont administré, n'a lieu que pour ce qui a été fait par ce dernier ».

C'est pourquoi Papinien ajoute immédiatement que « cependant ce qui n'est pas parvenu de la tutelle à ceux qui l'ont géré, mais a péri par une négligence commune, reste également à la charge de tous sans ordre de substitution ».

Tryphoninus dit également, « pour ce qui n'a point été fait dans l'administration de la tutelle, les périls doivent être supportés en commun par tous, et non par celui qui s'est immiscé dans cette administration pour une partie; car on ne doit pas exiger de lui seul ce qui a péri par la faute des autres comme par la sienne ».

« A moins que les choses qui ont péri ne fussent de nature à être consommées promptement, et ne fussent si étroitement réunies à la portion que ce dernier a administrée, qu'elles n'en puissent être séparées ».

XIV. Mais un tuteur est censé avoir administré de manière à devoir être actionné avant tous les autres, lorsqu'il a donné mandat, à l'effet d'administrer pour lui, soit à un étranger, ou même à un des cotuteurs.

---

(1) Ajoutez *l.* 6. *cod. du jugement de la tut.*

(2) L'action de la tutelle est proprement donnée pour exiger le compte de l'administration de la tutelle; c'est donc l'action utile qui a lieu contre celui qui n'a point administré.

Hinc Ulpianus : « Quod si quis tutelam mandaverit gerendam, gestaque fuerit ab eo cui mandatum est, locus erit *tutelæ* actioni (1). Videtur enim gessisse, qui per alium gessit ». *l.* 5. §. 3. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Obiter nota : « Quod si non accessit is cui mandatum est, utili actione convenitur (2) ». *d.* §. 3.

Item Tryphoninus : « Tres tutores pupillo dati sunt : unus tutelam gessit, et solvendo non est; secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quædam administravit : tertius nihil omnino gessit. Quæsitum est quatenus quisque eorum teneatur? Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelæ, et in solidum universi (3) tenentur ». *sup. d. l.* 55. §. *ff. d. t.*

« Non solum ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et quis satis a contutore accepit *rem salvam* pupillo futuram; eique permisit administrationem totius tutelæ, nec potest se defendere constitutionibus, quæ jubent ante conveniri eum qui gessit ». *d. l.* 55. §. 2.

« Plane, si pecunia numerata pupilli inter eos distributa (4) est, non in majorem summam quisque eorum, quam accepit, tenetur ».

§. III. *De exceptione* cedendarum actionum, *et beneficio utilis actionis.*

XV. Per exceptionem cedendarum actionum, unus ex pluribus tutoribus actione tutelæ in solidum conventus consequitur, ut non aliter solidum solvere teneatur, quam si pupillus adultus factus, ei suas actiones cedat adversus cæteros tutores; ut jam supra passim vidimus.

Hæc exceptio locum habet, non solum quum pupillus suas actiones cedere potest, sed et quum fecit quominus eas cedere posset. V. G. « si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. Idemque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum respublica convenit : sed hæc in magistratibus tractavi, quasi

(1) *Directæ* scilicet, qua tenetur is qui gessit. *Videtur enim, etc.*

(2) Vid. supra notam (2).

(3) Etiam tertius qui nihil gessit, si contutoribus eam gerendam mandavit; videtur enim per eos ipse gessisse : videtur autem mandasse, ex eo quod satis ab eis exegerit ut gererent, ut mox dicetur.

(4) Puta, a prætore.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si un tuteur a donné un mandat pour gérer la tutelle, et qu'elle ait été gérée par son mandataire, il y aura lieu à l'action de la tutelle (1), parce que celui qui a fait gérer par un autre est censé avoir géré lui-même ».

Observez en passant que, « si le mandataire n'a pas exécuté son mandat, il sera passible de l'action utile (2) ».

Tryphoninus dit encore : « Trois tuteurs avaient été donnés à un pupille; l'un a géré la tutelle et est devenu insolvable. Le second a donné un mandat à Titius pour la gérer, et Titius a rempli en partie son mandat. Le troisième ne s'est absolument point immiscé dans l'administration de cette tutelle. On a demandé à quel point chacun de ces trois tuteurs était passible de l'action. On a répondu que les périls de l'administration les concernaient tous, et qu'ils en étaient tous tenus solidairement (3) ».

« Non seulement sera réputé avoir géré une tutelle, celui qui a donné mandat pour la gérer; mais encore celui qui ayant exigé et reçu caution de son cotuteur pour la conservation des biens, lui a dès-lors permis de gérer seul toute la tutelle; et il ne peut pas même invoquer les constitutions qui ordonnent d'actionner d'abord celui qui a géré ».

« Cependant, si l'argent comptant du pupille a été partagé entre ses tuteurs (4), chacun d'eux ne sera tenu qu'à la concurrence de la somme qu'il a reçue ».

§. III. *De l'exception donnée pour faire céder les actions, et du bénéfice de l'action utile.*

XV. En vertu de cette exception donnée pour faire céder les actions, si un de plusieurs tuteurs a été actionné solidairement pour les autres, il n'est solidairement passible de l'action, qu'autant que le pupille devenu adulte lui cédera ses actions contre les autres tuteurs, comme on l'a déjà vu ci-dessus.

Cette exception a lieu, non-seulement lorsque le pupille peut céder ses actions, mais encore lorsque par son fait il s'en est ôté le pouvoir. Par exemple, « si un pupille a libéré un de ses tuteurs depuis sa majorité, il ne pourra pas actionner l'autre solidairement. Il en est de même de deux magistrats collègues, dont l'un est actionné par la république, ce qui s'entend toutefois de deux magistrats codébiteurs pour la même somme, et même n'a

(1) C'est-à-dire, l'action directe dont est tenu celui qui a géré. *Videtur enim, etc.*

(2) Voy. ci-dessus la note (2).

(3) Et même le troisième qui n'a point géré, a donné mandat pour gérer à ses cotuteurs, parce qu'il est censé avoir géré par eux; or, il est censé leur avoir donné mandat s'il leur a fait donner caution pour les laisser gérer, comme on va le voir.

(4) Par exemple, par le préteur.

duo rei ejusdem debiti essent omnimodo; quod non ita est. Nam si uterque idoneus ea, electio locum non habet (1) ».

« Is autem qui tempore (2) liberatus est, non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfecit : habet enim quod objiciat petitori ». *l.* 45. *ff.* 26. 7. *admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 14. quæst.

XVI. Et « non tantum ante condemnationem, sed etiam post condemnationem desiderare tutor potest mandari sibi actiones adversus contutorem pro quo condemnatus est » *l.* 1. §. 18. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Cæterum, « quum pupillus *tutelæ* actione contra tutorem alterum, tutori, quem judex in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea judicatum (3) fiat, tamen actio data non intercidit; quia pro (4) parte condemnati tutoris, non tutela reddita : sed nominis pretium solutum videtur ». *l.* 21. Papinian. *lib.* 1. *definit.*

Quod si solutum est antequam mandarentur actiones, amplius non possunt mandati, ut pote solutione extinctæ.

Hinc Severus et Antoninus : « Si pro contutore judicato pecuniam solvisti, nullum judicium tibi contra pupillum competit, ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti, in rem suam (5) procurator datus, heredes judicati poteris convenire ». *l.* 1. *cod.* 5. 38. *de contrar. judic. tut.*

XVII. Is qui quum pro contutore solveret, actiones pupilli sibi mandari non curavit, privatur quidem hoc beneficio : verum aliter ei subvenitur.

Enimvero, « etsi forte quis ex facto alterius tutoris condemna-

(1) Sed debent habere beneficium *divisionis*, quod jure Pandectarum nondum habebant omnes correi.

(2) Recte censet Cujacius hanc vocem (*tempore*) esse expungendam. Hic præoccupatur objectio : dicet aliquis : tutor aut magistratus ita demum non tenetur pro collega, si is collega sit idoneus; sed videtur ei qui non est idoneus, similis esse is qui liberatus est; ergo tutor aut magistratus debet teneri pro collega suo, quem pupillus adultus factus liberavit actione qua tenebatur : respondet jurisconsultus : imo non est similis ei qui nihil habet, sed magis ei qui satisfecerit. Et ratio disparitatis est quod possit objici pupillo petitori, quare eum liberasti? Tibi hoc imputare debes : ex hoc tuo facto non debeo prægravari.

(3) Id est, judicatum solvatur.

(4) Id est, quia tutor qui in solidum condemnatus est, videtur *pro* illa *parte*, pro qua adversus contutorem ipsi mandantur actiones, non tam solvere quod ex causa tutelæ debet, quam pretium hujus nominis quod ipsi adversus contutorem mandatur.

(5) Forte legendum *in rem tuam.*

pas le choix de s'adresser indistinctement à l'un ou à l'autre, s'ils sont également solvables (1) ».

« Mais le tuteur qui a été libéré par le laps du tems (2), n'est point assimilé à celui qui est insolvable, mais bien à celui qui a satisfait à sa dette, parce qu'il a réellement quelque chose à opposer au vendeur ».

XVI. Et « le tuteur peut demander que son pupille lui cède ses actions contre son cotuteur, non-seulement après la condamnation, mais encore avant le jugement ».

Mais « lorsque le pupille a cédé ses actions contre l'autre tuteur à celui que le juge a condamné solidairement, bien que cette cession ait été faite après le paiement des frais et condamnations (3), les actions cédées ne tombent pas pour cela, parce que le condamné est censé avoir payé la dette de l'autre (4) ».

Mais lorsque le condamné a payé avant que le mineur lui eût cédé ses actions, cette cession ne peut plus avoir lieu, les actions étant éteintes par ce paiement ».

C'est pourquoi Sévère et Antonin disent : « Si vous avez payé pour votre cotuteur après le jugement, vous n'avez aucune action contre le pupille pour lui faire céder ses actions contre ce cotuteur libéré ; mais si vous avez acheté sa créance, vous pouvez actionner les héritiers de ce cotuteur jugé comme procureur dans votre propre cause (5) ».

XVII. Celui qui ne s'est pas fait céder les actions du pupille contre son tuteur en payant pour lui, est à la vérité privé de ce bénéfice ; mais on vient à son secours d'une autre manière.

En effet, « lorsqu'un tuteur condamné pour le fait de son co-

(1) Ils doivent avoir le bénéfice de la division, que n'avaient pas tous les codébiteurs par le droit des Pandectes.

(2) Cujas pense avec raison qu'il faut effacer ce mot *tempore*. Le jurisconsulte prévient ici une objection qui consiste à dire qu'un tuteur ou un magistrat n'est pas tenu pour son collègue dans le cas seulement où ce collègue est solvable ; mais que celui qui n'est pas solvable doit être assimilé à celui qui a été libéré ; d'où suit qu'un tuteur ou un magistrat doit être tenu pour son collègue que le pupille devenu majeur a libéré de l'action qu'il avait contre lui. Il répond qu'au contraire il n'est pas assimilé à celui qui n'a rien, mais à celui qui a payé ; et que la raison de disparité est qu'il peut opposer au pupille demandeur la libération qu'il a faite, en lui soutenant qu'il doit se l'imputer à lui-même comme étant son fait, et lui alléguer que son fait ne doit préjudicier à personne.

(3) C'est-à-dire, après le paiement de la chose jugée.

(4) C'est-à-dire, parce que le tuteur qui a été condamné solidairement, n'est pas censé avoir payé seulement ce qu'il devait pour la tutelle, mais encore le montant de la créance de son pupille contre son cotuteur, pour laquelle le juge lui délègue les actions du pupille.

(5) Il faut peut-être lire *in rem tuam*.

tus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatæ sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre ejus, utilem (1) actionem tutori adversus contutorem dandam ». *l.* 1. §. 13. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

XVIII. Hoc autem beneficium utilis actionis et beneficium cedendarum actionum et demum competit, qui non ex propria culpa, aut ex dolo communi convenitur.

Hinc Antoninus : « Si, non ex propria culpa, solus pupillæ condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti : quum ex causa judicati satisfacere cœperis, actiones adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis, vel utili actione uteris». *l.* 2. *cod.* 5. 58. *de contr. judic. tut.*

« Plane, si ex dolo communi conventus præstiterit tutor, neque mandandæ sunt actiones, neque utilis competit; quia proprii delicti pœnam subit. Quæ res indignum eum fecit, ut a cæteris quid consequatur doli participibus : *Nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est*». *sup. d. l.* 1. §. 14.

Consonat quod ait Papinianus in specie qua per contumaciam plures tutores non administraverunt, et unus convenitur : « Unde quærendum est an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum, pro parte scilicet, præstare debeat? Sed quum propria cujusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari ? «. *l.* 38. §. 2. *ff.* 26. 7. *de administr. et peric. tut. lib.* 12. quæst.

ARTICULUS IV.

Quando actione tutelæ *agi possit, et quandiu? Item, an pecuniam ad movendum hoc judicium tutor debeat pupillo subministrare ?*

§. I. *Quando agi possit?*

XIX. « Nisi finita tutela sit, *tutelæ* agi non potest ». *l.* 4. Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

Igitur « si adhuc impubes *tutelæ* agat, nihil consumitur ». *d. l.* 4. §. 2.

Pariter « quum plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem actio pupilli nomine datur ». *l.* 12. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Unde Modestinus : « Tutores duo, post venditionem pupilla-

(1) Deficiebat directa *negotiorum gestorum* actio : nam solidum solvendo, suum negotium gessit, non vero sibi proposuit contutoris negotium gerere. Vid. supra, *lib.* 3. *tit.* 5. *de negot. gest.*

tuteur, ou pour leur gestion commune a payé, et ne s'est par fait céder les actions du pupille contre ce cotuteur, il faut lui donner une action utile (1) contre ce même cotuteur, conformément à la constitution d'Antonin-le-Pieux, de notre Empereur et de son père ».

XVIII. Mais le bénéfice de cette action utile, ainsi que le bénéfice de se faire céder les actions, n'appartiennent qu'à celui qui n'est actionné ni à raison d'une faute personnelle, ni à raison d'un dol commun.

C'est pourquoi Antonin dit : « Si vous n'avez pas été seul condamné envers votre pupille, à cause d'une faute qui vous était personnelle, et que vous ayez seulement acquiescé à un jugement qui vous a condamné en votre absence, et parce que vous étiez resté sans défenseur, quoique vous ayez commencé à exécuter la chose jugée, vous pouvez demander que votre pupille vous cède ses actions contre vos cotuteurs, ou intenter l'action utile ».

« Mais si un tuteur actionné pour un dol commmun, a payé sans se faire céder les actions du pupille, il n'aura pas l'action utile, comme devant subir la peine d'une faute qui le rend indigne d'une action contre ses complices, conformément à ce principe, *qu'il n'y a point de société pour le crime ni pour la peine qui peut en être encourue* ».

Ce qui est conforme à ce que dit Papinien, dans l'espèce de plusieurs tuteurs qui ont tous refusé d'administrer, et dont un seul a été actionné : « pourquoi demander si le pupille doit céder ses actions à celui qui a été actionné seul contre l'autre? étant puni d'une faute qui lui est personnelle, comme aux autres, de quel quel front oserait-il demander son recours contre eux » ?

ARTICLE IV.

Quand et pendant combien de tems l'action de la tutelle peut être intentée, et si le tuteur doit avancer au pupille les frais de poursuites, que ce dernier dirige contre lui.

§. I. *Quand l'action de la tutelle peut être intentée.*

XIX. «L'action de la tutelle ne peut être intentée que quand la tutelle est finie ».

Ainsi, « cette action intentée par un impubère est nulle ».

Et par conséquent, « on ne peut accorder d'action au nom du pupille, à un de plusieurs tuteurs contre ses cotuteurs ».

C'est pourquoi Modestinus dit : « Deux tuteurs ayant vendu

(1) Il n'y avait pas lieu à l'action directe de la gestion des affaires, parce qu'en payant tout il a fait sa propre affaire, et n'a pas eu l'intention de faire celle de son cotuteur. Voy. ci-dessus, *liv.* 3, *tit. de la gestion des affaires.*

rium rerum factam, pecuniam inter se diviserant; postquam divisionem alter eorum in exilium datus (1) est, durante tutela : quærebatur an, actore constituto, contutor ejus partem pupillaris pecuniæ petere ab eo posset? Modestinus (respondit) : Si hoc quæritur an, contutore relegato, contutor ejus tutelæ actionem exercere possit : non posse, respondit ». *l.* 32. §. 7. *d. t. lib.* 6. respons.

Hinc et Ulpianus respondit, « actus sui rationem tutorem contutori reddere non esse compellendum : sed, nisi cum eo administrationem communicet, aut si non ex fide curam gerat, suspectum postulari (2) posse ». *l.* 19. *ff. d. t. lib.* 1. resp.

Cæterum, etiam « si tutori curator sit adjunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelæ judicium tutor suscipere, quia tutor maneret ». *l.* 9. §. 5. Ulp. *lib.* 25. *ad ed.*

Similiter rescribunt Philippi : « Si non suspectum contutorem tuum postulare, ac removere ab administratione bonorum pupilli curaveris, admitti nequaquam potest ratio desiderii tui, jam nunc postulantis tutelam tibi, nomine ejusdem pupilli restitui ». *l.* 8. *cod.* 5. 43. *de suspect. tutor.*

XX. Quemadmodum nec adversus ipsum tutorem, ita nec adversus illos qui pro eo tenentur, durante tutela, agi potest. Hinc in specie de qua supra *n.* 4. quum filiusfamilias tutor durante tutela emancipatus esset, respondit Ulpianus actionem *de peculio* manere adversus patrem, etiam post pubertatem filii; « neque enim ante annus (3) cedit, intra quem de peculio actio detur, quam tutela fuerit finita (4) ». *l.* 11. *v. fin.* Ulpianus, *lib.* 36. *ad ed.*

« Filius autem tutor, propter hoc suum factum, cum patre agere non (5) potest ante pubertatem; quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest ». 12. Paul. *lib.* 8. *brevis edicti.*

XXI. Finitam tutelam accipimus, ejus duntaxat cujus nomine agitur. Cæterum, « tutelæ judicium ideo differri non oportet, quod fratris et coheredis impuberis idem tutelam sustineat ». *l.* 30. §. 17. *ff.* 26. 7. *de admin.. et peric. tut.* Pap. *lib.* 5. resp.

---

(1) Relegatus : nec petiit eo nomine excusari a tutela; sed actorem constituit qui vice sua administraret.

(2) Postquam autem remotus erit, tunc, utpote jam tutela ejus finita, actione *tutelæ* convenietur.

(3) *Annus* utilis intra quem datur actio *de peculio* adversus patrem, postquam filius exiit potestate : de qua re videb. supra, *lib.* 15. *tit.* 1. *de pecul. sect.* 3. *art.* 1. §. 2.

(4) Annus enim ille, quum sit utilis, non potest currere quandiu agi non potuit.

(5) Id est, *filius tutor* non potest, durante tutela, nomine pupilli agere adversus patrem suum, qui tenetur de eo quod ipse male gessit.

des biens de leurs pupilles, en avaient partagé le prix entre eux, et l'un d'eux avait été envoyé en exil (1) depuis ce partage, et la tutelle subsistant encore, on demandait si son cotuteur pouvait répéter contre son chargé d'affaires, la portion des deniers pupillaires qu'il avait reçue. Modestinus répondit qu'il ne le pouvait pas, si cela s'entendait dans le sens qu'il pût intenter l'action de la tutelle contre son tuteur exilé ».

C'est pourquoi aussi Ulpien a répondu « qu'un tuteur ne pouvait pas être forcé de rendre compte de sa gestion à son cotuteur, et qu'à moins qu'il n'ait administré conjointement avec lui, et qu'il n'ait prévariqué dans l'administration commune, son collègue ne pouvait pas le dénoncer comme suspect (2) ».

Mais « s'il a été adjoint un curateur au tuteur, celui-ci, bien que dénoncé comme suspect, n'est pas tenu d'accepter l'action de la tutelle, parce qu'il est toujours tuteur ».

Les empereurs Philippes disent également dans un rescrit : « Si vous n'avez pas le soin de dénoncer votre cotuteur comme suspect, et de demander qu'il soit exclu de l'administration des biens du pupille, on ne peut pas vous admettre à demander que la tutelle vous soit confiée au nom de votre pupille commun ».

XX. On ne peut pas plus agir contre les garans d'un tuteur, que contre ce tuteur lui-même, tant que dure la tutelle. C'est pourquoi, dans l'espèce dont nous avons parlé, *n.* 4, le fils de famille tuteur ayant été émancipé avant la fin de la tutelle, Ulpien a répondu que l'action du pécule subsistait contre son père, même après la majorité, « parce que l'année (3), pendant laquelle dure l'action du pécule, n'expire qu'après la cessation de la tutelle (4) ».

« Mais ce fils de famille tuteur ne peut pas agir (5) contre son père, à raison de sa gestion, avant la majorité du pupille, parce qu'il ne doit rien tant que dure la tutelle ».

XXI. Par la tutelle finie, nous entendons celle du pupille, au nom duquel on agit; mais on ne doit pas différer d'admettre l'action de la tutelle, sur le seul motif que ce même tuteur l'est en outre d'un frère ou d'un cohéritier de son pupille ».

---

(1) Et n'avait pas demandé à être déchargé de la tutelle, mais avait constitué un agent d'affaires pour l'administrer.

(2) Mais après avoir été destitué, la tutelle étant finie en ce qui le concerne, on pourra intenter contre lui l'action de la tutelle.

(3) L'année utile pendant laquelle l'action du pécule est donnée contre le père après l'émancipation de son fils. Sur quoi voyez ci-dessus, *liv.* 15. *tit. de pecul. sect.* 3. *art.* 1. §. 2.

(4) Parce que cette année étant une année utile, ne peut pas courir pendant qu'il ne peut pas agir.

(5) C'est-à-dire, que le fils de famille tuteur ne peut pas, tant que la tutelle n'est pas finie, agir au nom de son pupille contre son père, qui est tenu de sa mauvaise gestion.

Igitur « si pupillus heres extiterit ei cujus tutelam tutor suus gesserat, ex hereditaria causa cum tutore suo habebit actionem ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

XXII. Sufficit etiam finitam esse tutelam ex parte tutoris, quamvis pupillus nondum sit suæ tutelæ.

V. G. « si tutor reipublicæ causa abesse cœperit, ac per hoc fuerit excusatus quod reipublicæ causa aberit, *tutelæ* judicio locus est : sed si desierit reipublicæ causa abesse; consequenter desinit is qui in locum ejus datus est, et *tutelæ* conveniri poterit ». *l.* 9. Ulp. *lib.* 25. *ad ed.*

Similiter, « si duobus impuberibus fratribus tutor datus sit (1), et alter eorum in legitimam tutelam fratris sui perfectæ ætatis constituti recidit; eum qui datus esset, tutorem esse desiisse Neratius ait. Quia igitur desinit, erit *tutelæ* actio etiam ex persona impuberis : quamvis, si testamento datus fuisset, non desineret esse tutor ejus qui adhuc erat impubes : quia *semper legitima tutela testamentariæ cedit* ». *d. l.* 9. §. 1.

Item, « si testamento sub conditione tutor datus sit, deinde alius medio tempore ex inquisitione, dicendum est locum esse *tutelæ* judicio, existente conditione; quia tutor esse desinit (2) ». *d. l.* 9. §. 2.

« Sed, et si quis testamento usque ad tempus fuerit datus, idem erit dicendum ». *d. l.* 9. §. 3.

« Sed, etsi fuerit tutor confiscatus, adversus fiscum dandam esse actionem constat ei qui loco ejus curator datus sit, vel contutoribus ejus ». *d. l.* 9. §. 6.

XXIII. Et quidem, modo quis desierit esse tutor, quamvis speretur adhuc fore tutor, poterit conveniri.

Hinc, « si tutor in hostium potestatem pervenerit, quia finita tutela intelligitur, fidejussores, qui pro eo *rem* salvam fore sponderint (etsi quis existat defensor ejus qui paratus est suscipere judicium tutelæ, vel si quis sit curator bonis ejus constitutus), recte convenientur ». *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit integrare ». *l.* 8. Papin. *lib.* 28. *quæst.*

Quinetiam, et postquam denuo quis extiterit tutor, recte ex priori gestu conveniri poterit.

« Et generaliter, quod traditum est, pupillum cum tutore suo agere *tutelæ* non posse, hactenus verum est, si eadem tutela sit : absurdum enim erat a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret : in qua autem de-

(1) Magistratu.

(2) Is qui a magistratu interim datus erat.

Ainsi, « si un pupille devient héritier de celui dont son tuteur gérait aussi la tutelle, il aura action contre son tuteur pour les causes héréditaires ».

XXII. Il suffit aussi que la tutelle soit finie par rapport au tuteur, encore qu'elle ne le soit pas par rapport au pupille.

Par exemple, « si le tuteur, obligé de s'absenter pour le service de la république, a été pour cette raison, déchargé de la tutelle, l'action de la tutelle peut être intentée contre lui; et si la cause de son absence vient à cesser, aussi cesse la gestion de celui qui l'a remplacé, et il pourra alors être passible de l'action de la tutelle ».

De même, « lorsqu'il a été donné un tuteur à deux frères impubères (1), suivant Neratius, si l'un de ces deux frères passe sous la tutelle légitime de son frère devenu majeur, leur tuteur cesse de l'être; d'où suit que l'action de la tutelle peut être intentée contre lui-même de la part de l'impubère, bien que le tuteur restât toujours chargé de la tutelle de cet impubère, s'il avait été donné par testament, *la tutelle légitime devant toujours céder à la tutelle testamentaire* ».

Et « si un tuteur a été donné par testament sous condition, et qu'ensuite on lui en ait substitué un autre pour un tems, il faut dire qu'il y a lieu à l'action de la tutelle, en cas d'accomplissement de la condition, parce qu'il a cessé d'être tuteur (2) ».

» Principe également applicable au tuteur donné pour un tems par testament ».

« Mais nonobstant l'événement de la confiscation des biens du tuteur, il est constant que l'action doit être donnée contre le fisc au curateur qui lui a été substitué, ou à ses cotuteurs ».

XXIII. Et même dès qu'un individu a cessé d'être tuteur, bien qu'on puisse espérer qu'il en reprendra les fonctions, il peut être actionné.

C'est pourquoi « si un tuteur est tombé au pouvoir des ennemis, sa tutelle étant alors censée finie, on peut actionner ceux qui ont garanti pour lui la conservation des biens, encore qu'il ait un défenseur sur l'action de la tutelle, ou qu'il ait établi lui-même un curateur pour les biens du pupille ».

« Et même nonobstant sa réintégration dans la tutelle, en vertu et pour l'effet du droit de retour ».

Il pourrait même être actioné pour sa première gestion, après avoir été réintégré dans la tutelle.

« En général, quand on a dit qu'un pupille ne pouvait pas intenter l'action de la tutelle contre son tuteur, on a voulu parler de la même tutelle; car il serait absurde de dire qu'on pût demander compte à un tuteur des affaires de son pupille durant le cours

(1) Par le magistrat.

(2) Celui qui a été donné pour un tems par le magistrat.

sinit tutor, et iterum cœpit esse, sic ex pristina administratione tutelæ debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset. Quem igitur effectum hæc sententia habeat, videamus? nam si solus tutor est, utique ipse secum non aget; sed vel per specialem curatorem conveniendus est, vel pone eum contutorem habere, qui possit adversus eum judicem accipere, ex qua causa cum eo *tutelæ* agi potest: quinimo, si medio tempore solvendo esse desierit, imputabitur contutoribus cur non egerint cum eo ». *l.* 9. §. 4. Ulp. *lib.* 25. *ad ed.*

XXIV. Vidimus actionem *tutelæ*, durante tutela, adversus tutorem non competere: at vero, « cæteræ actiones, præter *tutelæ*, adversus tutorem competunt etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni injuriæ, condictio ». *d. l.* 9. §. 7.

« Sed non dantur (1) pupillo, dum tutor tutelam gerit: quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede ejus actionem (2) habet, quia sibi solvere debuit ». *l.* 10. Paul. *lib.* 8. *brevis ed.*

§. II. *Quandiu actio* tutelæ *duret?*

XXV. Hac de re ita Diocletianus et Maximianus: « Tutores *tutelæ* conveniri longi temporis præscriptio (3) non prohibet: unde si his transactione, vel novatione, aut acceptilatione, liberationem non præstitisti, apud rectorem provinciæ, quæcumque tibi debentur, repetere non prohiberis ». *l.* 8. *cod.* 5. 51. *arbitr. tutel.*

§. III. *An ad judicium* tutelæ *movendum pecuniam tutor pupillo debeat subministrare?*

XXVI. « Imperatores Severus et Antoninus rescripserunt in hæc verba: « *Quum* hoc ipsum quæratur, an aliquid tibi a tutori» bus vel curatoribus debeatur, non habet rationem postulatio tua, » volentis in sumptum litis ab his tibi pecuniam subministrari ». *l.* 17. Ulp. *lib.* 3. *de off. consulis.*

---

(1) Competunt quidem, durante tutela, adversus tutorem, sed non *dantur*, quatenus scilicet exercitium earum spectamus. Maxime quum unicus tutor est, qui secum agere non potest: cæterum quod non moveantur, nihil ea res nocebit pupillo. *Quamvis enim, etc.*

(2) Pupillus actione *tutelæ* ab herede tutoris consequetur, quantum ex causa harum actionum quæ adversus tutorem competebant, tutor sibi solvere debuit. Nam tutor debuit a se exigere.

(3) Hæc actio, sicut et cæteræ actiones in personam, jure Pandectarum perpetuo durabant. Jure novo excluduntur præscriptione triginta annorum quam constitutio Theodosii introduxit, quæ præscriptio dicitur *longissimi temporis.*

de son administration; mais celui qui, ayant cessé d'être tuteur, l'est ensuite redevenu, est débiteur envers le pupille pour ce qui concerne sa première administration, comme s'il eût emprunté quelque chose de son père. Voyons donc quels sont les conséquences de cette opinion; car s'il n'y a qu'un tuteur, comment pourrait-il s'actionner lui-même? Il faut donc supposer qu'il le sera par un curateur créé exprès pour cela, ou qu'il a un cotuteur qui peut exercer l'action de la tutelle contre lui. Et en effet, s'il est devenu insolvable, on imputera à ses cotuteurs de ne lui avoir pas fait rendre compte de sa première administration ».

XXIV. Nous avons vu que l'action de la tutelle ne pouvait pas être intentée contre le tuteur tant que durait sa gestion; toutefois « on peut intenter contre lui toutes actions, excepté celle de la tutelle pendant qu'il l'administre encore, comme l'action du vol, l'action en dommage, et tout autre action personnelle ».

« Mais on n'admet point le pupille à les exercer (1) pendant que la tutelle subsiste encore, parce que, bien qu'elles s'éteignent par la mort du tuteur, le pupille a néanmoins action contre l'héritier de ce tuteur, qui aurait dû se payer lui-même ce qu'il devait à son pupille (2) ».

§. II. *Combien dure l'action de la tutelle?*

XXV. Dioclétien et Maximien disent à cet égard : « La prescription de long-tems (3) ne met point obstacle à ce qu'on puisse exercer l'action de la tutelle contre les tuteurs; c'est pourquoi si vous n'avez pas libéré le vôtre par transaction, novation ou acceptilation, rien ne vous empêche de lui demander tout ce qu'il vous doit devant le gouverneur de la province ».

§. III. *Si le tuteur est obligé de fournir à son pupille de l'argent pour intenter contre lui l'action de la tutelle.*

XXVI. Les empereurs Sévère et Antonin disent dans un rescrit : « Puisqu'il s'agit de savoir s'il vous est dû quelque chose par vos » tuteurs ou curateurs, vous n'êtes pas fondé en droit à demander » qu'ils vous fournissent de l'argent pour plaider contre eux ».

---

(1) A la vérité ces actions ont lieu contre le tuteur quoique sa gestion ne soit pas finie, mais on ne les accorde pas au pupille pour les exercer actuellement, surtout lorsqu'il n'y a qu'un tuteur qui ne peut pas agir contre lui-même; cependant il ne résultera aucun préjudice pour le pupille de ce qu'elles n'auront point été exercées, parce que, etc.

(2) Le pupille obtiendra par l'action de la tutelle contre l'héritier de son tuteur, tout ce qu'il aurait obtenu en vertu de ses actions contre le tuteur lui-même qui devait se le payer à lui-même.

(3) Cette action, comme toutes les actions personnelles, était perpétuelle sous le droit des Pandectes; mais par le droit nouveau elles sont périmées par la prescription de trente ans introduite par la constitution de Théodose, et qu'on appelle prescription de long-tems.

ARTICULUS V.

Quid veniat in actione tutelæ *præstandum?*

Venit in actione *tutelæ* ut tutor reddat rationem administrationis suæ. Huic autem rationi reddendæ prævium est, inventarium ac libros rationum exhibere. Hinc videbimus : 1°. de inventario ac libris rationum exhibendis ; 2°. cujus temporis administratio in hoc judicio veniat discutienda ; 3°. Quarum rerum ratio reddi debeat ; 4°. quam culpam tutor præstet; 5°. de usuris quæ in hoc judicio veniunt ; 6°. de solutione summæ cujus tutor ex redditis rationibus reliquator fuerit.

§. I. *De inventario et libris rationum exhibendis.*

XXVII. « Officio tutoris incumbit etiam rationes actus sui conficere, et pupillo reddere : cæterum, si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine judicio tutelæ tenebitur ». *l.* 1. §. 3. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Immo si non exhibeat, hoc casu, « de servis quoque interrogationes, sed et quæstiones habendas, et hoc officio judicis convenire placuit : nam divus Severus decrevit, quum neque inventaria, neque auctionalia proferentur, remedio eo uti debere, ut rationes a servis qui rem gesserant, proferantur. Has rationes, si esse mala fide conscriptas a servis dicunt tutores, etiam in quæstionem servi interrogari poterunt ». *d.* §. 3.

XXVIII. Item hoc casu adversus tutorem defertur jusjurandum in litem ei, qui rationem tutelæ reposcit.

Quod si juraverit, et tutor in eam summam de qua juravit condemnatus est, nihil ex ea summa quandiu minor est, remittere potest ; sic enim rescribit Antoninus : « Summa sententia comprehensa quam cessantibus curatoribus quondam tuis judex (secutus jurisjurandi a te prolati religionem), in condemnationem deduxit, minui pacto non potuit (1) ». *l.* 3. *cod.* 5. 53. *de in lit. jurand.*

§. II. *Cujus temporis administratio in hoc judicio veniat?*

XXIX. Venit in hoc judicio ratio reddenda ejus quod tutor, eo tempore quo duravit tutela, gessit aut gerere debuit.

Sed « tutor post puberem ætatem puellæ, si in administratione connexa perseveraverit, tutelæ actione totius temporis rationem prestare cogitur : sin autem post finitam administrationem in iis-

(1) Minores quippe non possunt donare.

ARTICLE V.

De ce qui entre dans l'action de la tutelle.

L'action de la tutelle a pour objet de forcer le tuteur à rendre compte de son administration; mais avant de procéder à ce compte, il doit exhiber d'abord l'inventaire de la succession et les registres. C'est pourquoi nous traiterons d'abord 1°. de cet inventaire et de ces registres à exhiber préalablement; 2°. de l'administration à discuter dans le compte; 3°. des choses dont il doit rendre compte; 4°. des fautes dont il est responsable; 5°. des intérêts qui entrent dans cette action; 6°. du paiement des sommes dont le tuteur est constitué reliquataire par son compte.

§. I. *De l'inventaire et des livres de compte que le tuteur doit exhiber préalablement.*

XXVII. « C'est le tuteur que concerne la confection et la présentation à faire à son pupille des comptes de sa gestion; mais s'il ne l'a pas fait ou ne l'exhibe pas, il sera passible à ce titre de l'action de la tutelle ».

Et même, s'il ne les exhibe pas, « il a été décidé que le juge pouvait d'office interroger ses esclaves et les mettre à la torture, parce que l'empereur Sévère avait décrété que dans le cas où on ne produirait ni inventaire ni acte de vente, on aurait recours à ces voies extrêmes pour établir les comptes d'après les dépositions des esclaves. Si ces mêmes esclaves sont accusés par les tuteurs d'avoir mis de la mauvaise foi dans la rédaction des livres de compte, on pourra encore dans ce cas les mettre à la torture ».

XXVIII. On peut aussi en pareil cas déférer le serment contre le tuteur, à celui qui demande le compte de tutelle.

S'il a prêté ce serment et que le tuteur ait été condamné conformément à son affirmation, le pupille ne peut lui faire aucune remise jusqu'à sa majorité, parce que l'empereur Antonin dit dans un rescrit : « La somme comprise dans la sentence que le juge a rendue contre vos anciens curateurs, conformément à votre serment, ne peut être diminuée par aucune convention (1) ».

§. II. *De quel tems l'administration entre dans cette action.*

XXIX. Le tuteur doit rendre compte, en vertu de cette action, de l'administration qu'il a gérée ou qu'il a dû gérer pendant la durée de la tutelle.

Mais « si le tuteur d'une fille a continué d'administrer ses biens après sa majorité, il est obligé de rendre compte de toute cette administration; cependant, s'il ne s'est pas immiscé dans ses affaires

(1) Les mineurs ne pouvant rien donner.

dem rebus minime se immiscuerit, temporis, quod insequitur, periculum ad eum non pertinet ». *l.* 11. *cod.* 5. 51. *arbitr. tutel.*

Ea autem demum quæ in tutela gestis connexa fuerunt, venient. Hinc Ulpianus : « Si tutor post pubertatem pupilli negotia administraverit, in judicium tutelæ veniet id tantum, sine quo administratio tutelæ expediri non potest. Si vero post pubertatem pupilli is qui tutor ejus fuerat, fundos ejus vendiderit, mancipia et prædia comparaverit, neque venditionis hujus, neque emptionis ratio judicio tutelæ continebitur. Et est verum ea, quæ connexa sunt, venire in tutelæ actionem ». *l.* 13. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

XXX. Nota : « Sed et illud est verum, si cœperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi judicium tutelæ in negotiorum gestorum actionem. Oportuit enim eum a semetipso tutelam exigere. Sed et si quis, quum tutelam administrasset, idem curator adolescenti fuerit datus, dicendum est negotiorum (1) gestorum eum conveniri (2) posse ». *d. l.* 13. *v. sed et illud.*

Consonat Gaius : « Si post pubertatem tempore aliquo, licet brevissimo, intermiserit administrationem tutor, deinde cœperit gerere, sine ulla dubitatione, tam tutelæ, quam negotiorum gestorum judicio cum eo agendum (3) est ». *l.* 14. *lib.* 12. *ad ed. prov.*

§. III. *Quarum rerum ratio reddi hoc judicio debet?*

XXXI. Tutor hoc judicio rationem reddere debet patrimonii pupillaris, et quidem quale in veritate fuit, non quale illud falso testator esse dixit.

Hinc Antoninus. « Quum tutelæ administratæ ratio a te peti cœperit; neque veritati, neque justis probationibus officit, quod (ut dicis) testator modum patrimonii sui verbis testamenti ampliavit vel minuit ». *l.* 1. *cod.* 5. 51. *arbitr. tutel.*

De hoc etiam juris articulo ita constituit Justinianus. « Veteris juris dubitationem decidentes, sancimus, si quidem tutor, vel curator pro substantia pupilli, vel adulti aliquid ubicumque dixerit, ad majorem quantitatem eam reducens, sive pro utilitate pupilli vel adulti, sive per suam simplicitatem, sive per aliam quamcumque causam, nihil veritati præjudicare, sed hoc obtinere, quod

(1) *Utili :* de qua infra *sect.* 3.

(2) Etiam eorum nomine quæ actione *tutelæ* debebat, quia hæc a se debuit exigere.

(3) Scilicet *tutelæ* pro eo quod tempore tutelæ gestum aut gerendum fuit; *negotiorum gestorum*, pro utroque tempore.

depuis que la tutelle était finie, les risques et périls de la tutelle, pendant le tems qu'il n'a pas dû gérer, ne le concernent point ».

Il ne rendra non plus compte que des choses qui étaient accessoires de ce qu'il a fait pendant la tutelle. C'est pourquoi Ulpien dit : « Si un tuteur a administré les affaires de son pupille depuis sa majorité, l'action de la tutelle n'aura lieu que pour les choses qui entraient dans son administration comme tuteur. Si donc celui qui avait été tuteur d'un pupille a vendu ses biens depuis sa majorité, et lui a acheté des esclaves ou des fonds de terre, les ventes, ni même les achats qu'il a faits, n'entreront dans l'action de la tutelle ; mais il n'en est pas moins vrai que cette action comprendra ce qui était en rapport direct avec les affaires qu'il avait commencées pendant sa gestion ».

XXX. *Remarque.* « Il est même vrai de dire que s'il a commencé quelques affaires depuis l'expiration de sa tutelle, l'action de la tutelle se convertit à cet égard en celle de la gestion des affaires, parce qu'il a dû rendre compte de sa tutelle. Mais si celui qui avait administré la tutelle a été ensuite donné pour curateur, il faut dire que l'action de la gestion des affaires (1) aura lieu contre lui (2) ».

Conformément à ce principe, Gaius dit : « si un tuteur a cessé d'administrer la tutelle de son pupille depuis sa majorité, n'importe pendant quel tems, il est certain qu'il y a lieu contre lui tant à l'action de la tutelle qu'à celle de la gestion des affaires (3) ».

§. III. *De quelles choses le compte entre dans l'action de la tutelle.*

XXXI. Le tuteur doit rendre compte sur cette action, du patrimoine de ses pupilles tel qu'il était réellement, et non tel que le testateur l'aurait faussement déclaré.

C'est pourquoi Antonin dit : « Lorsqu'on vous demande le compte de la tutelle que vous avez administrée, on ne peut pas vous opposer la déclaration des biens de votre pupille que le testateur aura faite dans son testament, sur leur étendue ; cette déclaration ne prévaudra pas sur cette véritable consistance que vous aurez bien prouvée ».

Une constitution de Justinien dit, sur ce point de droit : « Voulant lever les doutes de l'ancien droit à cet égard, nous ordonnons que les déclarations que le tuteur ou le curateur auraient faites des biens de leurs pupilles ou mineurs, en en augmentant la valeur pour l'utilité du pupille ou de l'adulte, soit par ignorance ou par quelqu'autre motif que ce puisse être, ne pourront pas préjudicier

(1) L'action utile dont nous parlerons dans la section 3.

(2) Même pour ce qu'il devait en vertu de l'action de la tutelle, parce qu'il a dû se le payer à lui-même.

(3) C'est-à-dire, l'action de la tutelle pour ce qui a été fait pendant la durée de la tutelle, et celle de la gestion des affaires pour l'un et l'autre tems.

ipsius rei inducit natura, et mensura pupillaris, vel adulti ostendit substantiæ. Sin autem inventario publice facto res pupillares, vel adulti inscripserit, et ipse, per hujusmodi scripturam, confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiæ, non esse aliud inspiciendum, nisi hoc quod inscripserit, et secundum vires ejusdem scripturæ, patrimonium pupilli, vel adulti exigi. Neque enim sic homo simplex (imo magis, stultus), invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiatur ». *l.* 13. *cod.* 5. 51. *arbitr. tutel.*

XXXII. Rerum autem earum, tam quæ extabant quum tutela delata est, quam quæ postea ad tutorem pervenerunt, rationem reddere debet; imo et earum quæ pervenire debuerunt.

Hinc « Modestinus respondit, tutorem eorum redituum nomine rationem pupillæ reddere debere, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt ». *l.* 32. §. 2. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Modest. *lib.* 6. *resp.*

Hic autem obiter notandum est quod « item respondit, si minus a servo (1) tutor percipit, quam bona fide ex fundo percipi potuit; ex eo, de quo pupillæ sit obstrictus, quantum ex peculio servi servari possit, eidem tutori proficere debere (2): scilicet si non perdituro servo administrationem credidit (3) ». *d. l.* 32. §. 3.

XXXIII. Pariter tenebitur tutor ejus pecuniæ nomine quam a debitoribus pupilli exigere debuit.

Hinc « tutor, qui tutoris idoneum heredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius substituitur; ut is, qui non idoneum tutelæ tempore suspectum facere supersedit ». *l.* 39. §. 16. *ff. d. tit.* Papin. *lib.* 5. *resp.*

Imo, etiamsi minor major factus hunc debitorem qui non solvendo factus est, convenerit, non ideo liberatur tutor curatorve qui ab eo debitore exigere prætermisit.

Hinc « adolescens, tutoribus conventis, a quibus totum servari non potuit, adversus curatores qui tutelam ad se negligentia non transtulerunt (4), integram actionem retinet. Neque enim tutelæ judicio consumptum videtur (5), quod alterius officii querelam habuit ». *d. l.* 39. §. 15.

---

(1) Cui fundi pupillaris administrationem commiserat.

(2) Nam tutor qui eo nomine tenetur erga pupillum, habet regresum adversus servum cujus nomine pupillus ejus servi dominus *de peculio* obligatur.

(3) Hoc enim casu, tenebitur et eo nomine tutor quod peculium hujus servi minuerit, credendo administrationem perdituro.

(4) Id est, negligentes fuerunt in exigendis rationibus tutelæ a quondam tutoribus adolescentis qui forte tunc erant solvendo.

(5) *Tutelæ* judicium quo adversus tutores suos egit, non consumit actionem quam adversus curatorem suum habet.

à la vérité des choses, et qu'on s'en rapportera à la véritable consistance de ces mêmes biens; mais s'il en a fait faire inventaire par acte public, et qu'il les y ait portés à une contenue ou quantité qui excède leur véritable consistance, on n'aura égard qu'à cette estimation, et il en rendra compte d'après cet inventaire, parce qu'il n'y a point d'homme assez simple, ou plutôt assez fou, pour faire, dans un inventaire, une déclaration qui lui serait préjudiciable ».

XXXII. D'ailleurs le tuteur doit rendre compte non-seulement des biens qui existaient lorsque la tutelle lui a été déférée, mais encore des biens qui ont été acquis au pupille, et de ceux qui auraient dû lui revenir à quelque titre que ce soit.

C'est pourquoi « Modestinus a répondu qu'un tuteur devait rendre compte à sa pupille des revenus qu'il avait pu percevoir de bonne foi ».

Il faut aussi remarquer en passant que « le même jurisconsulte a répondu que si un tuteur avait reçu de son esclave agent (1) moins que le fonds de terre ne devait rapporter, il pouvait retenir sur le pécule de cet esclave ce qu'il devait à sa pupille pour indemnité (2), à moins qu'il n'ait eu l'intention de le perdre en faisant administrer le fonds de terre par cet esclave (3) ».

XXXIII. Le tuteur est également tenu des sommes qu'il a dû se faire payer par les débiteurs du pupille.

C'est pourquoi « un tuteur qui n'a pas voulu actionner l'héritier d'un autre tuteur pendant qu'il était solvable, lui sera en quelque sorte substitué par rapport à la perte qui devait en résulter, de la même manière qu'en serait chargé celui qui aurait négligé de dénoncer comme suspect un tuteur insolvable ».

Et même, encore que le mineur devenu majeur ait actionné ce débiteur devenu insolvable, son tuteur ou curateur qui ont omis de se faire payer, ne sont pas libérés pour cela.

C'est pourquoi « le mineur conserve en entier son action contre ses curateurs qui n'ont pas poursuivi ses tuteurs (4), même après les avoir actionnés lui-même, s'ils n'ont pas pu lui payer tout ce qu'ils lui devaient, parce qu'une autre action, dirigée par un autre que le tuteur, n'éteint (5) pas l'action de la tutelle ».

---

(1) A qui il avait confié l'administration du fonds de terre du pupille.

(2) Parce que le tuteur qui, comme tel, est tenu envers son pupille, a son recours contre l'esclave, et que son pupille maître de cet esclave est tenu à la concurrence de son pécule.

(3) Car dans ce cas le tuteur sera tenu de l'administration du pécule de cet esclave, pour lui avoir confié une administration dont il devait abuser.

(4) C'est-à-dire, ont été négligens à demander compte au tuteur du pupille dans un tems où il était peut-être encore solvable.

(5) L'action de la tutelle qu'il a intentée contre ses tuteurs, ne périme pas celle qu'il a contre son curateur.

Tutor curatorve quia debitore minoris non exegit, nec etiam ex eo liberatur, quod minor major factus, hunc debitorem fecerit suum procuratorem ; ut in specie sequenti :

« Lucius-Titius, curator Gaii-Seii, tempore curæ fundum Cornelianum locavit Sempronio : qui Sempronius reliqua traxit. Pupillus, ætate probata, eumdem quondam colonum Sempronium fecit procuratorem. Quæro an, ex eo quod ille ut procurator egit, omne debitum adolescens agnovisse videatur, eoque nomine curatorem suum liberasset? Paulus respondit : non ex eo quod adultus eum qui prædia ejus coluit procuratorem habere voluit, debitum quod ex conductione reliquatus est, agnovisse eum videri ». *l.* 46. *d. tit.* Paul. *lib.* 9. *resp.*

XXXIV. Non id solum quod ab aliis, sed et quod a se non exegerit tutor, in hac actione venit.

Hinc « debitor patris, qui tutelam administravit filii, tutelæ judicio tenebitur etiam ob id quod patri (1) debuit ». *l.* 5. §. 4. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Idem, si temporali actione fuit obligatus tutor, dicendum est locum esse tutelæ judicio, ut perpetua actio (2) sit ». *l.* 9. §. 2. *ff. d. t. ibid. lib.* 36.

Sed et, si perpetua actione tutor fuit obligatus, eliget pupillus utrum veteri an potius tutelæ actione hoc quod debuit persequatur.

Unde, V. G. « si tutor rem sibi depositam a patre pupilli, vel commodatam non reddat, non tantum commodati vel depositi, verum *tutelæ* quoque tenetur. Et, si acceperit pecuniam ut reddat, plerisque placuit eam pecuniam vel depositi vel commodati actione repeti, vel condici (3) posse : quod habet rationem quia turpiter accepta sit ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 43. *ad Sab.*

« Si paterfamilias eum pro quo fidejussit tutorem dederit filio suo, officio tutoris convenit, ut quum dies pecuniæ præterierit, creditori debitum solvat. Et ideo cessante eo, si pupillus suæ tutelæ factus solverit ex causa fidejussoria, non solum mandati, sed etiam *tutelæ* agere poterit. Hoc enim ei imputatur cur pro se non solverit. Quod si in diem debitor fuit iste tutor, quibusdam videtur non venire in tutelæ judicium, si modo is dies post tutelam finitam supervenit : quod si dies adhuc durante tutela venit,

(1) Cujus filius heres est.

(2) Tenetur enim eo nomine, quod a se non exegerit eo tempore quo nondum erat tempore liberatus.

(3) *Condictione ob turpem causam.*

Le tuteur ou curateur qui n'a point fait payer le débiteur du mineur, n'est pas libéré lors-même que ce mineur devenu majeur aurait constitué ce même débiteur pour son procureur, comme on va le voir dans l'espèce suivante.

» Lucius-Titius, curateur de Gaius-Seius, avait loué comme tel le fonds de terre Cornélien à Sempronius, et Sempronius était resté reliquataire des loyers après son bail. Le pupille devenu majeur avait pris cet ancien fermier pour son procureur. On demandait si ce dernier, ayant agi comme son procureur, son constituant l'avait libéré de sa dette. Paul répondit que ce mineur, en prenant son ancien fermier pour procureur, ne l'avait pas pour cela libéré des loyers dont il était resté reliquataire ».

XXXIV. Cette action comprend, non-seulement ce que le tuteur n'a pas exigé des autres débiteurs, mais encore ce qu'il n'a pas exigé de lui-même.

C'est pourquoi « le débiteur du père qui a été tuteur du fils, sera passible de l'action de la tutelle, même pour ce qu'il devait au père (1) ».

« Et un tuteur, débiteur en vertu d'une action temporaire, est tellement soumis à l'action de la tutelle, que la première action se perpétue au moyen de la seconde (2) ».

Et si cette première action était perpétuelle, le pupille aura même le choix de l'exercer ou d'intenter l'action de la tutelle ».

C'est pourquoi, par exemple, « si un tuteur n'a pas rendu une chose que le père de son pupille lui avait donnée en dépôt ou prêtée, il ne sera pas seulement passible de l'action du prêt ou du dépôt, mais il sera encore soumis à l'action de la tutelle; et s'il s'est fait donner de l'argent pour la rendre, la plupart des jurisconsultes pensent que cet argent pourra être répété par l'action du dépôt, par celle du prêt et par l'action personnelle (3); ce qui est fondé en raison, cet argent ayant en effet été reçu pour une cause honteuse ».

« Si un père de famille a donné pour tuteur à son fils, celui pour qui il s'était porté caution, ce tuteur doit payer sa dette à son créancier quand elle sera échue; et s'il ne le fait pas, son pupille sorti de tutelle, ayant payé lui-même, aura contre lui, non-seulement l'action du mandat, mais encore celle de la tutelle; ce tuteur débiteur, devant alors s'imputer de n'avoir pas payé la dette lui-même. Toutefois, suivant quelques jurisconsultes, le pupille n'aurait pas l'action de la tutelle, si la dette dont il s'agit n'é-

(1) S'il en a été héritier.

(2) De laquelle il est passible comme ne s'étant pas payé lui-même avant que l'action fût prescrite.

(3) D'une cause honteuse.

putant omnimodo devolvi in tutelæ judicium. Ego et hoc et superius ita verum puto facultatibus labi tutor cœpit; cæterum, si idoneus tutor fuit, nihil venire in tutelæ judicio (1). Nec quisquam putet nullum effectum hoc habere. Namque si quis dixerit in tutela judicium devolvi : et privilegio (2) locus est, et fidejussores tenebuntur, si *rem* salvam fore cautum est». *l.* 9. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Et generaliter, quod adversus se alium præstare debet pupillo suo, id adversus se quoque præstare debet : fortassis et plus; adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus (3) se potuit ». *d. l.* 9. §. 3.

XXXV. Vidimus præstandum venire in hoc judicio, quantum tutor ex tutela consecutus est, aut consequi debuit.

Quod si ex hac pecuniam res aliquas sibi comparavit tutor, potest pupillus actione tutelæ eas petere, nisi malit pecuniam cum legitimis usuris reposcere.

Hoc rescribit Antoninus : « Si curator post decretum præsidis sublata pecunia quæ ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi prædium comparavit, elige utrum malis in emptione negotium tibi eum gessisse, an (quia in usus suos pecuniæ conversæ sunt) legitimas usuras ab eo accipere. Secundum quæ judex tutelæ judicio redditus, partem religionis implebit ». *l.* 3. *cod.* 5. 51. *arbitr. tut.*

Hoc ita demum obtinet, si constet res esse ex pecunia pupillari emptas. Alioquin (inquiunt Diocletianus et Maximianus) et « si defunctus tutelam vestram administravit, non rerum ejus dominium vindicare vel tenere potes, sed tutelæ contra ejus successores tibi competit actio ». *l.* 10. *cod.* 5. 51. *arbitr. tut.*

---

(1) Ratio est, quia fidejussor, antequam ipse solverit, non potest exigere actione *mandati* a reo principali quod creditori debetur, etiamsi dies venerit : ut videb. infra, *lib.* 46. *tit.* 1. *de fidefussorib.* Non potest igitur imputari tutori quod, quasi tutor pupilli fidejussoris, a se reo principali non exegerit id quod nondum exigi poterat actione *mandati.* Hoc ita, nisi tutor facultatibus labi cœperit. Nam ex quo reus principalis facultatibus labi cœpit, potest a fidejussore (etiam antequam fidejussor solverit) conveniri; ut videb. *d. tit. de fidejussor.* Ergo tutori imputari hoc casu potest, quod a se non exegerit; si quidem ab eo exigi poterat.

(2) De quo infra, *art. fin.*

(3) Hinc colligit Bartolus tutorem debere a se exigere quod naturaliter duntaxat debet pupillo.

tant exigible qu'à un terme qui devait expirer après la tutelle; mais tous pensent unanimement que si ce terme était échu pendant la tutelle, la dette doit entrer dans le compte du tuteur. Pour moi, j'estime qu'elle doit entrer dans l'un et l'autre; car si le tuteur est devenu insolvable, mais quelle n'y entre pas, si le tuteur est toujours solvable (1), et il ne faut pas dire que cette décision soit sans effet; car si on dit que l'action de la tutelle doit avoir lieu, il y aura également lieu au privilége (2), et les garans seront tenus de la conservation des biens dans le cas où elle aurait été stipulée ».

« Et en général, ce qu'un tuteur doit faire pour son pupille envers tout autre, il doit le faire envers lui-même; et peut être, à plus forte raison encore, puisqu'il n'a pas pu agir contre un autre sans action, et qu'il l'a pu contre lui-même (3) ».

XXXV. Nous avons vu que cette action contenait tout ce que le tuteur avait reçu ou dû recevoir.

Mais s'il a fait des acquisitions pour lui-même, avec les sommes qu'il a reçues au nom de son pupille, ce dernier peut le forcer à lui céder ces mêmes acquisitions, si mieux il n'aime en recevoir le prix avec les intérêts légitimes.

C'est ce que dit Antonin dans un rescrit : « Si un curateur a repris une somme que le président avait ordonné de mettre en dépôt pour être placée au nom du pupille, et en a acquis quelque chose pour lui-même, vous pouvez, à votre choix, le considérer comme ayant fait votre affaire dans cette acquisition, ou répéter la somme qu'il a employée dans les siennes avec les intérêts légitimes; et suivant le parti que vous prendrez à cet égard, le juge, en vous accordant l'action de la tutelle, remplira le but de sa mission ».

Il n'en est ainsi que dans le cas où il est constant que l'acquisition du tuteur a été faite des deniers du pupille; car autrement, Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit, que « si celui qui a administré votre tutelle est mort, vous ne pouvez pas vous emparer de ses propriétés; mais vous avez l'action de la tutelle contre ses héritiers ».

---

(1) La raison en est que le garant ne peut pas exiger du débiteur principal ce qui est dû à son créancier par l'action du mandat, avant d'avoir payé lui-même ses créanciers, comme on le verra ci-après *liv.* 46. *tit. des garans;* d'où suit qu'on ne peut pas imputer au tuteur du pupille, qui était son garant, de n'avoir pas exigé de lui-même, comme débiteur principal, ce qu'il ne pouvait pas exiger par l'action du mandat. Il n'en est pas ainsi d'un tuteur qui paraît être devenu insolvable; parce que dès que le débiteur principal paraît être devenu insolvable, il peut être actionné par le garant, quoique celui-ci n'ait pas encore payé, comme on le verra au titre *des fidéjusseurs ou garans.* On ne peut donc pas imputer dans ce cas au tuteur de ne s'être pas payé lui-même ce qu'on ne pouvait pas encore exiger de lui.

(2) Dont on va parler dans le dernier article.

(3) Bartole en conclut qu'un tuteur doit se payer à lui-même ce qu'il ne doit que naturellement à son pupille.

Non ex eo autem solo præsumetur res quas tutor habet ex pecunia pupilli fuisse comparatas, quod tutor, quum gerere cœpit, nulla bona habuerit.

Hinc statim subjiciunt dicti Imperatores : « Debitum autem aliis indiciis comprobari oportet. Nam quod neque ipse, neque uxor ejus quidquam ante administrationem habuerunt, non idoneum hujus continet indicium. Nec enim pauperibus industria vel augmentum patrimonii, quod laboribus et multis casibus quæritur, interdicendum est ». *d. l.* 10. *cod.* 5. 51.

XXXVI. Et hæc quidem de casu quo tutor ex pecunia pupilli res suo nomine comparavit.

Quod si tutor ex pecunia pupillari negotiatus fuerit, non pupilli sed suo nomine; quamvis lucrum ex tali negotiatione quæsivisse eum constet, pupillus non illud lucrum, sed duntaxat pecuniam suam cum maximis usuris petet.

Ita docet Scævola : « Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor, venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis, negotium suo nomine exercuit. Quæsitum est utrum compendium negotii, an usuras pecuniæ præstare debeat? Respondi, secundum ea quæ proponuntur, pupillo usuram, non compendium præstandum ». *l.* 47. §. 6. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric tut. lib.* 2. respons.

Obiter nota, in specie sequenti, negotiationem pupilli nomine videri factam. Hanc ita refert idem Scævola : « Qui negotiationem per Pamphilum et Diphilum, prius servos postea libertos, exercebat, suo testamento eos tutores reliquit; et cavit ut negotium eodem more exerceretur, quo se vivo exercebatur. Hique tutelam administraverunt, non tantum quum impubes patroni filius fuisset, sed etiam post pubertatem ejus. Sed Diphilus quidem cum incremento negotiationis rationes obtulit; Pamphilus autem putavit reddere oportere, non ad incrementum negotiationis, sed ad computationem usurarum, ut in tutelæ judicio solet. Quæsitum est an secundum voluntatem defuncti, exemplo Diphili, Pamphilus quoque rationem reddere debeat? Respondit debere. Claudius Tryphoninus (1) : quia lucrum facere ex tutela non debet ». *l.* 58. *d. t. lib.* 11. dig.

(1) Hæc est nota Tryphonini ad Scævolam.

On ne peut pas non plus conclure qu'un tuteur a fait des acquisitions des deniers de son pupille, de ce qu'il ne possédait aucuns biens quand il a commencé à gérer la tutelle.

C'est pourquoi les mêmes Empereurs ajoutent immédiatement que, « il faut en apporter d'autres preuves, et que lors-même que ni lui, ni son épouse, n'auraient eu aucun bien avant d'administrer la tutelle, il ne s'ensuivrait pas qu'il fût insolvable, parce qu'un homme pauvre peut acquérir des biens par son industrie ou par son travail, et qu'il peut lui en survenir de beaucoup d'autre manière ».

XXXVI. Il en est ainsi dans le cas où le tuteur a acquis en son nom des deniers du pupille.

Mais si un tuteur a négocié les deniers pupillaires, non pas au nom de son pupille, mais au sien, quoiqu'il soit constant qu'il en a retiré des bénéfices, son pupille ne peut pas lui demander compte de ces bénéfices, mais seulement du capital avec les plus forts intérêts permis.

Ainsi l'enseigne Scævola : « L'un de deux frères associés pour leurs biens et leur commerce, étant mort, avait laissé un fils pour héritier; son oncle paternel, qui devint aussi son tuteur légitime, ayant vendu toutes les marchandises, dont se composait le commerce commun, continua le commerce en son nom personnel. On demandait s'il devait rendre compte à son pupille des bénéfices qu'il avait faits, ou seulement des intérêts des sommes reçues pour son pupille. J'ai répondu que suivant l'exposé, il devait les intérêts, et non les bénéfices faits avec les deniers du pupille».

Observez en passant que le commerce est censé avoir été fait au nom du pupille, dans l'espèce suivante, que rapporte le même Scævola en ces termes : « Un homme qui faisait un commerce par l'entremise de Pamphile et de Diphile, alors ses esclaves, et depuis devenus ses affranchis, les donna pour tuteurs à ses enfans par testament, en leur enjoignant de continuer le même commerce qu'il faisait, et de le faire de la même manière que de son vivant. Ils administrèrent conjointement la tutelle, non-seulement tant que le fils de leur patron fut impubère, mais encore après sa puberté. Diphile offrit de rendre compte des bénéfices du commerce ; mais Pamphile crut ne devoir compte que des intérêts des capitaux pupillaires qui y étaient entrés, suivant l'usage reçu, par rapport aux tuteurs. On demanda si Pamphile devait, à l'exemple de Diphile, rendre ses comptes, d'après le mode d'administration qu'avait prescrit et déterminé le testateur. Je répondis qu'il devait compter de cette manière. Tel est aussi l'avis de Claudius Tryphoninus (1), fondé sur ce qu'un tuteur ne doit pas faire de bénéfices aux dépens de sa tutelle ».

(1) Ceci est la note de Triphoninus sur Scævola.

§. IV. *Quam culpam tutores et curatores præstent?*

XXXVII. « A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet «. *l.* 33. *ff.* 26. 7. *de admin et peric. tut.* Callistrat. *lib.* 4. *de cognit.*

Igitur « quidquid tutoris dolo vel lata culpa, aut levi, seu curatoris, minores amiserint vel (quum possent) non acquisierint; hoc in tutelæ seu negotiorum gestorum utile judicium venire non est incerti juris ». *l.* 7. *cod.* 5. 51. *arbitr. tut.* Dioclet. et Maxim.

Et quidem etiam in specie sequenti præstatur dolus et culpa. Julianus, libro 21 Digestorum, hujusmodi speciem proponit: Quidam decedens filiis suis dederat tutores, et adjecerat: *eosque aneclogistos* (1) *esse volo.* Et ait Julianus, tutores, nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere: quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent. Nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Julianus: et est vera ista sententia. Nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Damnum vero quodcumque ex tutela quis senserit (2), et legari, et per fideicommissum ei relinqui (3) potest». *l.* 5. §. 7. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulpianus, *lib.* 35. *ad ed.*

XXXVIII. Dolus et culpa de quibus tutor tenetur, æstimatur tam in admittendo quam in omittendo. Nam « in omnibus quæ fecit tutor, quum facere non deberet; item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio; præstando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Et « generaliter: quotiescumque non fit nomine pupilli quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi. Sive igitur solutionem, sive judicium, sive stipulationem (4) detrectat, defendi non videtur ». *l.* 10. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 49. *ad ed.*

XXXIX. Jam exempla culpæ afferenda sunt.

---

(1) Id est, rationibus reddendis non obnoxios (*non comptables.*)

(2) Non tamen ex suo dolo.

(3) Non est novum in jure, ut quod directe non licet, indirecte liceat.

(4) Puta, si negligat pro ædibus pupilli, cautionem *damni infecti* interponere.

§. IV. *De quelles fautes les tuteurs et curateurs sont responsables.*

XXXVII. On doit exiger des tuteurs et curateurs, par rapport aux biens de leurs pupilles ou mineurs, les mêmes soins et surveillance qu'un père de famille doit apporter de bonne foi dans l'administration des siens ».

Ainsi, « il n'est pas douteux en droit qu'un tuteur ou un curateur ne doive réparer sur l'action de la tutelle, ou sur l'action utile de la gestion des affaires, toutes les pertes que peuvent avoir éprouvées leurs mineurs par leur dol, ou leurs fautes graves ou légères, et même qu'ils ne soient tenus de les indemniser de ce qu'ils auraient dû leur faire gagner ».

Ils sont encore responsables de leur dol et de leurs fautes dans l'espèce suivante. Julien pose ainsi cette espèce : « Un homme avait donné en mourant des tuteurs à ses enfans, et avait dit dans son testament qu'il voulait qu'ils ne fussent pas comptables (1). Suivant Julien, tous tuteurs doivent être condamnés quand ils n'ont point administré de bonne foi, bien que le testateur les ait dispensés de toute reddition de compte, et même être déchus de tout le bénéfice des fidéicommis qui leur auraient été faits. Cette opinion est juste et bien fondée; car personne n'a le droit de changer les formes anciennement établies par les constitutions, ou de substituer sa volonté particulière aux dispositions générales de la loi ; mais on peut faire remise des pertes qu'a occasionnées le tuteur (2), et un testateur peut même faire cette remise par un legs ou un fidéicommis (3) ».

XXXVIII. Le tuteur est tenu de son dol et de ses fautes, tant pour ce qu'il a fait que pour ce qu'il a omis de faire. Car « un tuteur doit rendre compte en vertu de la tutelle, non-seulement de ce qu'il a fait, ne devant pas le faire, mais encore de ce qu'il devait faire, et n'a pas fait, c'est-à-dire, du dommage qu'il a causé par sa faute ou par son dol, en n'apportant pas dans les affaires de son pupille les mêmes soins qu'il avait pour les siennes ».

Et, « en général, il est inexcusable toutes les fois qu'il n'a pas fait pour son pupille, ce que ferait tout bon père de famille, c'est-à-dire, toutes les fois qu'il n'a pas fait un paiement qu'il devait faire, intenté une action qu'il devait intenter, ou fait une stipulation qu'il devait faire (4) ».

XXXIX. Nous allons rapporter des exemples de fautes.

---

(1) C'est-à-dire, non sujets à rendre compte ou non comptables.

(2) C'est-à-dire, sans dot de sa part.

(3) Il n'est pas extraordinaire en droit qu'une chose non directement permise le soit indirectement.

(4) Par exemple, s'il a négligé de demander caution d'un domma e prévu pour la maison de son pupille.

Primum exemplum. — *Si tutor pupillo auctor fuit ei rei quæ pupillo non expediebat.*

« Unde quæritur apud Julianum, lib. 21 Digestorum, si tutor pupillo auctoritatem ad mortis causa donationem accommodaverit, an tutelæ judicio teneatur? Et ait, teneri eum. Nam sicuti testamenti factio (inquit) pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendæ sunt ». *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Sed, etsi non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Julianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem. Et plerumque ita est ».

« Sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor sit pupillo ad diminuendum; decreto scilicet interveniente. Veluti si matri aut sorori, quæ aliter se tueri non possunt, tutor alimenta præstiterit. Nam quum bonæ fidei judicium sit, nemo feret (inquit) aut pupillum aut substitutum ejus querentes, quod tam conjunctæ personæ alitæ sunt. Quinimo, per contrarium, putat posse cum tutore agi *tutelæ*, si tale officium prætermiserit (1) ». *d. l.* 1. §. 2.

Secundum exemplum.

« Ab eo, qui sententia præsidis bonis ademptis relegatus erat (quum ex permissu principis appellatio ejus recepta sit, quam is qui pronuntiaverat non receperat), fundum emerat pupillus, intervenientibus tutoribus; et appellatione injusta pronuntiata, fundus ei ablatus est. Quæsitum est an tutelæ judicio pretium fundi pupillus consequi a tutoribus possit? Respondit, si scientes emerunt ab eo qui in ea causa esset, ut obnoxius sententiæ priori esset, tutelæ judicio eos teneri ». *l.* 57. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Scæv. *lib.* 10. dig.

Tertium exemplum.

« Si tutoris vel curatoris culpa vel dolo, eo quod vectigal prædio emphyteutico impositum minime dependere voluissent, minoris prædium fuerit amissum; damnum quod ei contigit, ex substantia eorum resarciri necesse est ». *l.* 23. *cod.* 5. 37. *de admin. tut.* Const.

Quartum exemplum.

XL. Frequentissimum illud culpæ tutoris exemplum est, si tu-

(1) Vid. *lib.* præced. *tit.* 7. *de admin. et peric. tut. n.* 39.

Premier exemple. — *Si le tuteur a autorisé son pupille à faire une chose qui lui était nuisible.*

« C'est pourquoi on demande dans Julien, « si un tuteur est soumis à l'action de la tutelle, pour avoir autorisé son pupille à faire une donation à cause de mort, et ce jurisconsulte le décide affirmativement, parce que régulièrement les pupilles ne peuvent pas plus faire des donations à cause de mort que des testamens ».

Et quand il n'aurait pas donné à cause de mort sous l'autorisation de son tuteur, le même Julien dit, que selon la plupart des jurisconsultes, sa donation serait encore nulle ; et en effet, il en est assez ordinairement ainsi ».

« Mais il dit aussi que dans plusieurs cas, un tuteur n'est pas répréhensible pour avoir autorisé son pupille à diminuer sa fortune, en vertu d'un décret ; comme, par exemple, à fournir des alimens à sa mère ou à sa sœur, qui autrement n'auraient pu se procurer des moyens d'existence, parce que l'action de la tutelle étant une action de bonne foi ; il n'est, dit-il, personne qui ne condamne un pupille ou autre héritier substitué, qui se plaindrait de ce qu'on aurait donné des alimens à des parens aussi proches, et bien plus, suivant ce jurisconsulte, on aurait lieu d'intenter l'action de la tutelle contre un tuteur qui ne l'aurait pas fait (1) ».

Deuxième exemple.

« Un pupille avait acheté, avec l'autorisation de ses tuteurs, un fonds de terre d'un homme qui avait été relégué, et dont les biens avaient été confisqués par sentence du président ; mais à qui le prince avait permis d'appeler de cette sentence, dont l'appel n'avait point été reçu par celui qui l'avait prononcée. Le vendeur ayant succombé sous cet appel, le pupille avait été évincé du fond de terre ; et on demandait s'il avait l'action de la tutelle pour en répéter le prix contre ses tuteurs. J'ai répondu que si les tuteurs avaient su que le vendeur était encore soumis à la sentence dont on avait appelé, ils étaient également passibles de l'action de la tutelle ».

Troisième exemple.

« Si c'est par la faute ou le dol d'un tuteur ou curateur que leur mineur a perdu un fonds de terre amphytéotique, à défaut d'en avoir payé la rente, ces tuteurs sont tenus de réparer cette perte à leurs dépens ».

Quatrième exemple.

XL. Une faute que commettent très-souvent les tuteurs, c'est

(1) Voyez le livre précédent, *tit. de l'administration et des perils de la tutelle, n.* 39.

tor pecuniam pupillarem male collocavit in prædiorum comparatione aut nominibus non idoneis.

Et quidem « competet adversus tutores tutelæ actio, si male contraxerint; hoc est, si prædia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam ».

« Quid ergo si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? Recte quis dixerit solam latam negligentiam eos præstare in hac parte debere ». *l.* 7. §. 2. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Quod si minus idonea nomina tutor fecit, non tenetur pupillus agnoscere nomina; sed tutor in pecuniam quam male collocavit, et in hujus usuras condemnatur.

Si vero aliquam pecuniam bene, aliquam male collocavit, ea de re ita Paulus: « Quum quæritur judicio tutelæ quæ nomina a tutore facta agnoscere pupillus debeat, Marcellus putabat, si tutor pecuniam pupilli mutuam dedisset, et suo nomine stipulatus esset, posse dici nomina integra pupillo salva esse, deperdita et male contracta ad tutorem pertinere. Sed verius se putare, posse tutorem eam conditionem adolescenti deferre, ut id quod gessisset tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnosceret, aut a toto recederet: ita ut perinde esset ac si tutor sibi negotium gessisset. Idem et si pupilli nomine credidisset ». *l.* 16. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut. lib.* 6. *ad Sab.*

XLI. Culpæ ejus qui pecuniam pupilli sui male collocavit, non dissimilis est culpa posterioris tutoris, aut curatoris qui malum nomen a priori tutore factum probavit.

Et quidem hoc casu, prioris tutoris culpa purgatur. Constat enim, « si probatum est nomen debitoris a novissimo curatore, frustra tutorem de eo conveniri ». *l.* 19. Ulp. *lib.* 1. resp.

Ipsi vero « qui nominibus a curatoribus prioribus susceptis, sive tutoribus, nomina agnoverunt, periculum in se transferunt ». *l.* 44. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 13. quæst.

Quod si posterior tutor aut curator hoc nomen non agnovit, non ipsius, sed prioris tutoris, qui illud fecit, erit periculo.

Hinc Papinianus: « Tutor sive curator nomina quæ juste putat non esse idonea, a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur; non tamen exactionem (1) periculo suo facere ». *l.* 35. *d. tit. lib.* 2. quæst.

(1) Id est, convenire quidem eos debet: verum si novus hic tutor, postquam eos convenerit, nihil ab eis possit exigere; hæc res non erit ejus periculo.

de placer l'argent de leurs pupilles en acquisitions de biens-fonds litigieux ou de créances chanceuses.

« L'action de la tutelle a lieu contre les tuteurs qui ont porté préjudice aux pupilles par les contrats qu'ils ont faits, c'est-à-dire, en achetant de mauvais biens-fonds, par un intérêt personnel ou par faveur pour les vendeurs ».

« Que faut-il donc dire s'ils ne l'ont fait ni par intérêt personnel, ni par faveur, et que leurs acquisitions soient préjudiciables aux pupilles? On peut dire, avec raison, qu'ils ne sont responsables que de la grande négligence qu'ils y auraient mise ».

Si un tuteur a acheté de mauvaises créances, le pupille n'est pas obligé de s'en charger, et son pupille peut répéter contre lui les sommes qu'il a ainsi mal placées, ainsi que les intérêts de ces mêmes sommes.

Mais si un tuteur a bien placé une partie, et mal placé une autre partie des deniers de son pupille, voici ce que dit Paul sur ce cas : « Quand on demande quelles sont les créances du tuteur, dont le pupille doit se charger sur l'action de la tutelle, Marcellus pense que si ce tuteur a prêté l'argent de son pupille, en stipulant en son nom, on peut dire qu'il l'a placé à ses périls et risques, et que la perte ne concerne que lui, mais qu'on peut être mieux fondé encore à dire que ce tuteur doit laisser à son pupille le choix d'accepter ou de refuser toutes les créances qu'il lui avait faites, de manière qu'il en soit, comme si ce tuteur eût contracté pour lui-même, quand même il aurait prêté au nom de son pupille ».

XLI. La faute du tuteur ou curateur qui ont succédé à un premier curateur ou tuteur, et qui ont approuvé de mauvaises créances qu'il avait faites, est assimilée à celle de ce premier tuteur ou curateur qui avait mal placé les deniers du pupille.

Et même dans ce cas, le premier tuteur ou curateur est libéré de sa faute ; car il est constant que « si un nouveau curateur a approuvé une créance faite par le tuteur auquel il a succédé, on ne peut plus actionner ce dernier ».

Toutefois, ceux « qui ont approuvé les créances faites par le premier tuteur ou curateur, se sont soumis à en supporter les risques ».

Mais si le second tuteur ou curateur n'a pas approuvé les créances du premier, le premier en demeurera responsable.

C'est pourquoi Papinien dit : « Un tuteur ou curateur est à la vérité obligé de prendre les créances faites par son prédécesseur, quoiqu'il les juge mauvaises ; mais il n'est pas tenu d'en poursuivre le paiement à ses risques (1) et périls ».

(1) C'est-à-dire, qu'il doit les actionner ; mais que s'il n'en peut rien obtenir, il n'est pas obligé de payer pour eux.

De eo autem teneri potest quod, dum cessat exigere, nomen factum sit deterius.

Hoc autem casu, « negligentiæ tutorum periculo nominum, quæ pater usuris majoribus fecit, adscripto (1) : pupilla quidem actionem kalendarii præstare cogitur; exactas autem usuras tutelæ tempore, citra ullam compensationem retinet ». *l.* 39. §. 14. *d. tit.* Papin. *lib.* 5. resp.

XLII. Observandum superest, tutoribus nullam culpam imputari hac actione circa nomina quæ fecerunt, aut probaverunt, aut non exegerunt, quum finita tutela debitores sunt solvendo:

Igitur, « quum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur ». *l.* 43. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 7. quæst.

Hinc in specie sequenti : « Lucius-Titius mutuam pecuniam a tutore accepit, et rem hereditariam pignori ei dedit. Post triennium, jam puberibus his quorum tutela administrata est, fisco bona defuncti adjudicata sunt, quia mortem ejus heres (2) non est ultus. Quæritur an id nomen pupillus recusare possit? Respondi, secundum ea quæ proponuntur, id nomen ad onus tutorum non pertinere (3) ». *l.* 47. §. 5. *d. tit.* Scævola, *lib.* 2. resp.

Hoc obtinet, etiamsi tutor finita tutela per errorem administrare cœperit.

Ita enim Papinianus : « Tutores qui post finem tutelæ, per errorem officii durantes, rerum administrationem retinuerunt, nominum paternorum periculum, quæ post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, præstare cogendi non erunt, quum actionem inferre non potuerunt (4). *l.* 39. *d. tit.* Papin. *lib.* 5. resp.

XLIII. Hactenus de culpa quæ tutori objicitur circa nomina debitorum qui non sunt solvendo.

Quid si solvendo quidem sint, sed V. G. « Chirographis debitorum incendio exustis, quum ex inventario (5) tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam cogere (quum idem circa proprios debitores propter eum-

(1) Adeoque his tutoribus condemnatis in eam quantitatem quæ ab illis debitoribus, quorum nomina reprobantur, debetur.

(2) Scilicet ille L. Titius; et sic factum est ut desierit esse solvendo.

(3) Quia nimirum jam finita tutela desiit Titius esse solvendo.

(4) Nec enim admissi fuissent ad agendum, quum desiissent esse tutores. Observa, Papinianum hoc solum definire : tutori non posse imputari hoc casu, quod post finitam tutelam ab his debitoribus non exegerit. Verum, si non admonuit pupillum adultum factum, ut sibi curatores peteret, eo nomine tenebitur : supra, *lib.* 26. *tit.* 7. *de admin. et peric. tut. n.* 45.

(5) In quo descripta erant hæc chirographa : quæ probatio ex inventario et aliunde eruta, forte potuisset supplere ipsa chirographa amissa.

Mais il peut être tenu de l'insolvabilité du premier tuteur, si les créances sont devenues plus incertaines pendant qu'il était en demeure de le poursuivre.

Dans ce cas cependant, « l'insolvabilité des débiteurs sur lesquels le père a fait des créances à gros intérêts, étant aux risques et périls des tuteurs à cause de leurs négligences, la pupille doit leur céder ses actions contre eux (1), mais elle retient, sans compensation, les intérêts qui ont été payés pendant sa minorité ».

XLII. Il reste à observer qu'on ne peut imputer aucunes fautes aux tuteurs, par rapport aux créances qu'ils ont faites, approuvées, ou qu'ils ont omis, de faire payer lorsque les débiteurs sont encore solvables à l'expiration de la tutelle.

Ainsi, « lorsqu'une créance est devenue mauvaise depuis la mort du pupille, elle n'a pas péri pour le tuteur ».

C'est pourquoi, dans l'espèce suivante, « Lucius Titius a emprunté une somme de son tuteur, et lui a donné en gage un effet héréditaire. Trois ans après, les pupilles étant devenus majeurs, les biens de leurs pères ont été adjugés au fisc, parce que ses héritiers (2) n'ont point vengé sa mort. On a demandé si le pupille pouvait rejeter cette créance. J'ai répondu que, suivant l'exposé, la charge de cette créance ne concernait pas les tuteurs (3) ».

Il en est encore ainsi, bien que le tuteur ait continué, par erreur, d'administrer la tutelle depuis qu'elle était expirée.

Car Papinien dit que « les tuteurs qui ont continué par erreur d'administrer les biens de leurs pupilles après leurs majorités, ne sont pas tenus de garantir les créances de leur père devenu caduque depuis leur majorité, parce qu'ils n'avaient plus qualité pour actionner les débiteurs (4) ».

XLIII. Jusqu'ici nous avons parlé des fautes imputables aux tuteurs, par rapport aux créances sur des débiteurs insolvables.

Que faut-il dire du cas où ils sont encore solvables, mais où « les titres obligatoires de ces débiteurs ayant péri dans un incendie, les tuteurs auraient négligé de les actionner en vertu de l'inventaire (5), pour les faire payer ou leur faire faire novation,

(1) Ces tuteurs ayant été condamnés à lui rembourser ce qui lui était dû par ces mêmes débiteurs.

(2) C'est-à-dire, Lucius-Titius, qui, de cette manière, est devenu insolvable.

(3) Parce que la tutelle était finie lorsque Titius est devenu insolvable.

(4) Parce que n'étant plus tuteurs, ils ne pouvaient pas actionner pour leurs pupilles. Remarquez que Papinien décide seulement qu'en ce cas on ne peut rien imputer au tuteur pour n'avoir pas fait payer ces débiteurs depuis que les fonctions de tuteur avaient cessé. Mais s'il n'a pas averti le pupille devenu majeur de se faire nommer des curateurs, on pourra lui imputer cette faute. Voy. ci-dessus, *liv.* 26. *tit. de l'admin. et perils de la tut. n.* 45.

(5) Dans lequel ces titres étaient transcrits, et qui auraient pu prouver ces créances à défaut des titres perdus.

dem casum fecissent), id omisissent circa debitores pupillorum ; an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio tutelæ consequantur? Respondit : Si adprobatum fuerit eos tutores hoc per dolum vel culpam prætermisisse, præstari ab his hoc debere ». *l.* 57. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Scævola, *lib.* 10. digest.

XLIV. Vidimus tutorem teneri hoc judicio resarcire damnum quod ipsius culpa passus est pupillus.

Ubi autem nulla culpa tutoris argui potest, non tenetur tutor. Hinc 1°. « Modestinus respondit, damnum, si quod datum accidit eo quod cautiones soluti vectigalis inventæ non sunt, ad tutorem, cujus nulla culpa admissa proponitur, minime pertinere ». *l.* 32. §. 1. *ff.* 25. 7. *de admin. et peric. tut.* Modest. *lib.* 6. resp.

Hinc 2°. « tutor, qui per valetudinem, vel absentiam, vel aliam justam causam auctor fieri non (1) potuit, non tenetur ». *l.* 10. *ff.* 26. 8. *de auctorit. et consensu tut.* Paul. *lib.* 24. *ad ed.*

Hinc 3°. « si res pupillaris incursu latronum pereat, vel argentarius cui tutor pecuniam dedit quum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor præstare cogitur ». *l.* 50. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Hermog. *lib.* 2. juris epist.

Et generaliter, « tutoribus vel curatoribus fortuitos casus, adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere sæpe rescriptum est ». *l.* 4. *cod.* 5. 38. *de peric. tut.* Philippi.

§. V. *De usuris quæ in hoc judicio veniunt.*

XLV. Usuræ pecuniæ pupillaris in hoc judicio veniunt.

« Quæ sunt autem pupillares (2) usuræ, videndum est. Et apparet hanc esse formam usurarum, et ejus quidem pecuniæ, quam quis in usus suos convertit, legitimam (3) usuram præstet. Sed et si negavit apud se esse pecuniam, et prætor pronuntiavit contra eum, legitimas solvere debebit ; vel si moram dispositioni fecit, et prætor ei irrogavit legitimas ».

---

(1) Puta, in negotio quod maxime intererat pupilli contrahi, nec tamen contractum fuit defectu auctoritatis.

(2) *Pupillares* hic largiori sensu dicuntur usuræ, quæ pupillo ex causa tutelæ debentur, sive sint legitimæ, sive pupillares in strictiori sensu, id est, in regione frequentatæ.

(3) Id est, centesimam ; unum nummum in centum per singulos menses. (*Douze pour cent par an.*)

comme ils l'auraient faite contre leurs propres débiteurs. S'il en est résulté une perte pour les pupilles, peuvent-ils s'en faire indemniser sur l'action de la tutelle? J'ai répondu que les tuteurs étaient tenus de les dédommager, s'il était prouvé que ce fût par dol qu'ils eussent négligé de poursuivre ces débiteurs ».

XLIV. Nous avons vu qu'un tuteur était tenu sur l'action de la tutelle, de réparer les pertes que ses pupilles avaient éprouvées par sa faute.

Mais le tuteur n'en est pas tenu lorsqu'on ne peut lui reprocher aucune faute. C'est pourquoi, 1°. « Modestinus a répondu que si le pupille a éprouvé quelque tort ou préjudice de ce qu'on n'avait pas retrouvé les quittances des impositions payées, son tuteur n'en est pas passible à moins qu'on ne dise qu'il soit en faute à cet égard ».

C'est pourquoi, 2°. « le tuteur qui pour cause de maladie, d'absence ou d'autres empêchemens semblables, n'a pas pu autoriser son pupille (1), n'est pas tenu du préjudice qui en résulte ».

C'est pourquoi, 3°. « si quelques effets ou biens du pupille ont péri par une incursion de brigands, ou si un banquier, à qui le tuteur avait prêté des fonds parce qu'il était publiquement reconnu pour riche, est devenu insolvable; le tuteur ne sera, dans aucun de ces deux cas, responsable des pertes que le pupille aura éprouvées ».

Et, en général, « il est décidé par plusieurs rescrits qu'on ne peut pas imputer aux tuteurs ou curateurs les cas fortuits auxquels ils n'ont pu rien opposer ».

§. V. *Des intérêts qui entrent dans cette action.*

XLV. Cette action comprend les intérêts des deniers pupillaires.

« Mais il faut savoir quels sont ces intérêts pupillaires (2). Il paraît que la règle, à cet égard, était que le tuteur qui avait employé à son usage une somme appartenant à son pupille en payait les intérêts à douze pour cent par an (3), et si ce tuteur avait nié l'emploi des deniers pupillaires à son profit, le préteur après l'en avoir convaincu le condamnait à en payer les intérêts à douze pour cent, ou même dans le cas où il aurait été en demeure de déposer la somme après cette condamnation ».

---

(1) Par exemple, dans une affaire que le pupille avait beaucoup d'intérêts à faire, et qu'il n'a pas pu faire à défaut de cette autorisation.

(2) Les intérêts pupillaires sont pris ici dans le sens le plus étendu, pour ceux qui sont dus au pupille à raison de sa tutelle, soit au taux de la loi, soit dans le sens le plus étroit pour ceux qui lui sont dus au taux d'usage dans le pays.

(3) C'est-à-dire, du centième, ou un pour cent par mois, douze pour cent par an.

« Sed et si, dum negat aliquam quantitatem penes se esse, pupillis ad onera sua expedienda imposuit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi, tenebitur in legitimis : item si a debitoribus legitimas exegit. Ex cæteris causis, secundum morem provinciæ præstabit usuras, aut quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur ». *l.* 7. §. 10. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Hos quinque casus in quibus tutor legitimas usuras debet, seorsim repetamus.

XLVI. Primus casus est quum tutor pecuniam pupilli in usus suos convertit. Enimvero « tutorem vel curatorem pecuniæ, quam in usus suos convertit, legitimas usuras præstare debere olim placuit ». *l.* 1. *cod.* 5. 56. *de usur. pupillarib.* Antonin.

Neque sortis solum, sed et « si usuras exactas tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet. Sane enim parvi refert utrum sortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint ». *sup. d. l.* 7. §. 12. *ff* 26. 7. *de admin. et peric. tut.*

Igitur « pecuniæ, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras præstant. Sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse. Cæterum non utique qui non fœneravit vel non deposuit, in suos usus vertit : et ita divus Severus decrevit. Doceri igitur debet in usus suos pecuniam vertisse ». *d. l.* 7. §. 4.

« *Vertisse* in suos usus non accipimus eum qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit : hic enim eas usuras præstabit, quas patri promiserat ». *d. l.* 7. §. 5.

Item « non existimo maximis usuris subjiciendum eum qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit, et cavit, certasque usuras promisit quas et alii debitores pupillo dependunt; quia hic sibi non consumpsit; nec clam, nec quasi sua pecunia licenter abutitur : et nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset. Et multum refert, palam aperteque debitorem se (ut extraneum et quemlibet) faceret pupillo, an sub administratione tutelæ pupillique utilitate latenter sua commoda pupilli pecunia juvaret ». *l.* 54. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Tryph. *lib.* 2. disp.

Item « tutorem qui pecuniam pupillarem, quamvis suo nomine fœneravit, non videri contra constitutiones fecisse, quæ prohibent pecuniam pupillarem in usus suos convertere (1) ». *l.* 46. §. 2. *d. tit.* Paul. *lib.* 9. resp.

XLVII. Duos alios casus subjunxit Ulpianus quibus tutores

(1) Quia liberum est pupillo hæc nomina sibi vindicare : supra §. 3.

« Et même si ayant en ses mains des deniers appartenant à ses pupilles, il avait emprunté pour eux à ce taux, ou fait payer les mêmes intérêts à leurs débiteurs, il était tenu de les payer lui-même à ses pupilles. Dans tous les autres cas, il ne les devait payer qu'à raison de cinq, de trois, ou même moins, pour cent, suivant l'usage du pays ».

Nous allons reproduire séparément chacun de ces cinq cas où le tuteur devait ses intérêts au taux de la loi.

XLVI. Le premier cas est celui où le tuteur a employé dans ses affaires les deniers de son pupille. En effet, « il est décidé depuis long-tems qu'un tuteur ou un curateur qui a employé à son usage les deniers de son pupille, en doit payer les intérêts légitimes ».

Non-seulement pour le sort principal; mais encore « s'il a employé dans ses propres affaires des intérêts qu'il avait exigés, il doit aussi en payer les intérêts au même taux, parce qu'il est indifférent que les fonds qu'il a convertis à son usage provinssent d'intérêts ou de sommes principales ».

Ainsi, « les tuteurs devaient payer les intérêts légitimes des sommes qu'ils avaient employées dans leurs affaires; mais cela n'avait lieu qu'autant qu'ils en étaient convaincus; un tuteur n'étant pas censé avoir converti à son usage une somme qu'il n'avait ni dépensée ni placée à intérêt; suivant le décret de l'empereur Sévère, il fallait donc prouver qu'il l'avait employée dans ses affaires ».

« Un tuteur débiteur du père de son pupille, qui ne s'est pas payé lui-même, n'est pas réputé avoir employé la somme dans ses affaires; parce que, dans ce cas, il ne doit payer que les intérêts qu'il aurait payés au père lui-même ».

» Je ne pense pas non plus qu'un tuteur, qui a emprunté des deniers pupillaires de ses cotuteurs et à intérêt, doive être condamné à en payer d'autres que ceux que lui paient ses autres débiteurs, parce que dans ce cas il n'a pas employé des deniers pupillaires dans ses affaires; qu'il n'a pas non plus abusé de ceux qu'il avait reçus de son pupille, puisqu'il en a emprunté de ses cotuteurs comme il en aurait emprunté de tout autre personne, et que la différence est grande entre se faire publiquement débiteur de son pupille, comme tout autre, et se servir secrètement des deniers de celui-ci et à son préjudice, en administrant sa tutelle ».

« Le tuteur qui a placé en son nom une somme qui appartenait à son pupille, n'est pas non plus censé avoir ainsi contrevenu aux dispositions des constitutions qui défendent aux tuteurs d'employer dans leurs affaires des deniers de leurs pupilles (1) ».

XLVII. Ulpien ajoute deux autres cas dans lesquels les tuteurs sont

(1) Parce qu'il est libre au pupille de revendiquer ces créances. Voy. ci-dessus, §. 3.

in legitimas usuras condemnantur : scilicet quum prætor tutori irrogavit legitimas usuras, eo quod negaverit apud se habere pecuniam quam habebat, aut etiam eo quod moram in ea deponenda fecerit.

De his casibus idem Ulpianus scribit : « Si deponi oportet pecunias ad prædiorum comparationem : si quidem factum est, usuræ non current; sin vero factum non est, si quidem nec præceptum est ut deponantur, pupillares præstabuntur; si præceptum est et neglectum, de modo usurarum videndum est. Et solent prætores comminari, ut, sinon fiat depositio, vel quando tardius fiat, legitimæ usuræ præstentur. Si igitur comminatio intercessit, judex qui quandoque cognoscet, decretum prætoris sequetur ». *l.* 7. §. 7. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut. lib.* 35. *ad ed.*

« Idem solent facere prætores etiam circa eos tutores, qui negant habere ad alendos pupillos penes se aliquid; ut, quidquid constiterit penes eos esse, ejus gravissima usura pendatur. Et hoc persequi oportere judicem palam est, cum et alia pœnæ adjectione (1) ». *d. l.* 7. §. 8.

Vicinus est quartus casus quem Ulpianus retulit, quum, tutore)etiam extra jus) per mendacium negante se pecuniam apud se habere, pupillus necesse habuit sub legitimis usuris mutuari. De quo casu nihil est quod præterea dicamus.

XLVIII. Denique quintus casus est, quum tutor a debitoribus ipse usuras legitimas exigit. Hoc autem casu legitimas præstabit; sive pupilli, sive etiam suo nomine pecuniam pupillarem sub his usuris fœneraverit.

Cæterum, « si tutor pecuniam pupillarem suo nomine fœnavit, ita demum cogetur usuras quas percepit præstare, si suscipiat pupillus cæterorum nominum periculum (2) ». *l.* 7. §. 6. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Sed nec hanc electionem habebit pupillus si testator tutori concesserat ut sub certa usura tutor pecuniam pupillarem retinere posset.

Hoc docet Scævola in specie sequenti : « Præfectus legionis ita testamento cavit : « *Volo* ut sit in arbitrio tutorum filii mei, si » voluerint hujus summæ uncias inferre usurarum nomine, ita ne » nummi dispergantur ». Quæro, si apparuerit pecunia fœnerata a tutoribus, judicio tutelæ unciarias usuras, an vero eas quas sti-

(1) Scilicet muletæ.

(2) Vid. supra *n.* 42.

condamnés aux intérêts de douze pour cent; celui où le préteur les y a déjà soumis, comme ayant niés avoir entre leurs mains, des deniers pupillaires, lorsqu'ils en avaient; et celui où il les a également condamnés à les payer à ce taux parce qu'ils s'étaient mis en demeure de les y déposer.

Il dit, sur ces deux mêmes cas, que « s'il fallait déposer des deniers pupillaires pour être employés en acquisition d'immeubles, et que le tuteur les ait déposés, les intérêts n'en courreront pas; mais, qu'à défaut par lui d'en avoir fait le dépôt, il en paiera les intérêts pupillaires, quand même on ne lui aurait pas ordonné de le faire; et s'il ne les a pas déposés, quoiqu'il en eût reçu l'ordre, il y aura lieu à estimer les intérêts qu'il en devra payer. Le préteur a coutume d'ordonner ce dépôt, sous peine des intérêts à douze pour cent dans le cas où il ne serait pas fait, ou le serait trop tard; lors donc que le préteur l'a ordonné, le juge qui connaîtra de la question devra se conformer à cet égard à l'ordonnance du préteur ».

« Le préteur a coutume d'en user ainsi, même à l'égard des tuteurs qui prétendent n'avoir pas entre les mains des sommes suffisantes pour alimenter leurs pupilles, et de les condamner aux plus hauts intérêts pour les sommes qu'ils sont convaincus avoir entre les mains; et il est évident que le juge doit les y condamner sans préjudice des autres peines qu'il peut prononcer contre eux (1) ».

Le quatrième cas, rapporté par Ulpien, a beaucoup d'affinité avec cette dernière espèce. C'est celui où le tuteur prétendant, même extrajudiciairement n'avoir point de deniers entre les mains, a forcé son pupille à emprunter lui-même au plus haut intérêt. Nous n'aurons donc rien de plus à dire sur ce cas.

XLVIII. Il y a enfin un cinquième cas, c'est celui où le tuteur a exigé ces mêmes intérêts des débiteurs de son pupille. Il doit les payer dans ce cas, soit qu'il ait prêté les deniers pupillaires au nom de son pupille ou au sien.

Toutefois, « si un tuteur a prêté des deniers pupillaires en son nom personnel, il ne sera tenu d'en payer les intérêts qu'il aura reçus, qu'autant que son pupille prendra ses autres créances de même espèce à ses risques et périls (2) ».

Et le pupille ne pourra pas opter à cet égard, si le testateur a donné à son tuteur la faculté de retenir les deniers pupillaires sous un intérêt déterminé.

Ainsi l'enseigne Scævola dans l'espèce suivante. « Le commandant d'une légion avait dit dans son testament « je veux qu'il » soit absolument facultatif aux tuteurs de mon fils de porter » certaine portion de la somme laissée à leur disposition, dans leurs » comptes comme intérêts, pourvu que cette somme ne soit point

(1) A titre d'amende.

(2) Voyez ci-dessus, *n.* 47.

pulati sunt præstare debeant? Respondi: Si secundum voluntatem defuncti elegissent usurarum præstationem, neque pupilli nomine in fœnus dedissent, id præstatur quod testator voluisset ». *l.* 47. §. 4. *d. tit. lib.* 2. resp.

XLIX. Vidimus quarum summarum legitimæ usuræ debeantur. « Residuarum autem summarum pupillares (1) usuras pendi oportet ». *sup. d. l.* 7. §. 9. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.*

Tales usuras debet tutor ejus pecuniæ quam, quum collocare deberet, otiosam reliquit, quamvis eam deposuerit.

Hinc Ulpianus: « Si post depositionem pecuniæ, comparare prædia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri. Quanquam enim a prætore cogi eos oportet ad comparandum; tamen, si cessent, etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia ». *d. l.* 7. §. 3.

Hoc sic accipe: « Nisi si per eos factum non est, quominus compararent ». *d.* §. 3.

Similiter Alexander rescribit: « Si pecuniam pupillarem neque idoneis nominibus credere, neque in emptionem possessionum convertere potuisti, non ignorabit judex usuras ejus a te exigi non oportere ». *l.* 3. *cod.* 5. 56. *de usur. pupillarib.*

Unde Paulus: « Si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat cui crederet, pupillo vacabit ». *l.* 12. §. 4. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Sed « non est audiendus tutor, quum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse ». *l.* 13. §. 1. *d. tit.* Gaius, *lib.* 12. *ad ed.* provinc.

L. Usuras pupillares tutor debet, non solum pecuniæ pupillaris, quæ extabat, sed et ejus quam exigere debuit a debitoribus pupilli; et quidem etiam a se ipso, quum aut ipse, aut alter cujus tutelam pariter gerebat, debitor esset pupillo.

Hinc quidam « pupillo herede instituto, filiæ exheredatæ duo millia nummorum aureorum legavit, eosdemque tutores utrisque dedit. Quæsitum est an, quum ex eo die, quo duo millia potuerunt a substantia hereditatis separare, in nomina collocare neglexerint, usurarum nomine, pupillæ, tutelæ judicio teneantur? Respondit, teneri ». *l.* 58. §. 3. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Scævola, *lib.* 11. digest.

(1) *Pupillares* usuras hic vocat eas, quæ in regione frequentantur.

» divisée ». On demandait si les tuteurs ayant placé cette somme, ils devaient dans leur compte de tutelle faire raison des intérêts stipulés entre eux et les débiteurs, ou de ceux qui avaient été fixés par le testateur. J'ai répondu que s'ils avaient opté pour les intérêts fixés par le testateur, et n'avaient pas prêté au nom de leur pupille, il fallait se conformer à la volonté du testateur ».

XLIX. Nous avons vu de quelle somme il fallait payer les intérêts au taux de la loi; « mais il ne faut payer à ce taux que les intérêts pupillaires (1) pour les autres sommes ».

C'est à ce taux que devra aussi les payer le tuteur, nonobstant le dépôt qu'il en a fait, pour les sommes qu'il a négligé de placer lorsqu'il le devait.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Les tuteurs qui ont négligé de placer des deniers qu'ils devaient employer en acquisition d'immeubles, peuvent être actionnés pour les intérêts, nonobstant le depôt qu'ils en ont fait; car bien que le préteur ait dû les forcer de les employer en acquisition; le retard préjudiciable qu'ils ont apporté dans le placement de ces deniers, sera puni par la condamnation au paiement des intérêts ».

C'est dans ce sens qu'il faut entendre ce qui est dit, qu'ils doivent être ainsi punis de leur négligence, à moins que ce ne soit pas par leur faute que ces deniers n'ont point été placés en acquisition ».

Alexandre dit également dans un rescrit : « Si vous n'ayez pu ni placer vos deniers pupillaires en créances solides, ni en acquisition d'immeubles, le juge saura qu'il ne peut pas vous en faire payer les intérêts ».

C'est pourquoi Paul dit : « Si un tuteur n'a pas pu prêter les deniers de son pupille parce qu'il ne trouvait point d'emprunteurs, ils ne porteront point d'intérêts pour ce pupille ».

Mais « on ne doit pas écouter un tuteur qui alléguerait n'avoir pu trouver à placer les deniers de son pupille, s'il est prouvé qu'il a trouvé à bien placer les siens ».

L. Un tuteur doit les intérêts pupillaires non-seulement des sommes reçues pour son pupille, mais encore de celles qu'il avait dû recevoir lui-même des débiteurs de son pupille, et même de celles qu'il devait se payer à lui-même comme débiteur de son pupille, ou comme tuteur d'autres pupilles débiteurs de celui-là.

C'est pourquoi un testateur, « ayant institué un pupille pour son héritier, en laissant à sa fille déshéritée un legs de deux mille écus d'or, et leur ayant donné les mêmes tuteurs; on demandait si ces tuteurs, ayant négligé de placer ces deux mille écus d'or en créances, du jour qu'ils l'avaient pu, étaient tenus d'en payer les intérêts sur l'action de la tutelle. J'ai répondu affirmativement ».

(1) On appelle ici intérêts pupillaires, les intérêts d'usage dans le pays.

Quod diximus, tutorem pupillares usuras debere hujus pecuniæ quam non exegit a debitoribus pupilli, sic accipe : nisi sub gravioribus usuris a debitoribus deberetur.

« Sed si *ipse* tutor sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares, videndum est an ei aliquid imputetur? Et, si quidem solvit, nihil est quod ei imputetur : potuit enim solvere, nec onerare se usuris. Si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit ». *l.* 9. §. 4. *d. tit.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

LI. Item observandum usuras pecuniæ quam tutor a debitoribus pupilli non exigit, tutorem debere; etiam hujus quæ usurarum nomine debita erat.

Hoc docet Scævola in specie sequenti : « Ex duobus tutoribus pupilli altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui supererat, ex persona pupilli sui judice accepto, consecutus est cum usuris quantum ex tutela ad tutorem defunctum pervenerat. Quæsitum est, judicio tutelæ quo experitur pubes factus, utrum ejus tantum portionis, quæ ab initio ex tutelæ ratione pervenerat ad defunctum contutorem, usuræ veniant; an etiam ejus summæ, quæ ex sortis usuris pupillo aucta, post mortem ejus ad superstitem æque cum sorte translata sit, aut transferri debuit? Respondit : si eam pecuniam in se vertisset, omnium pecuniarum usuras præstandas : quod si mansisset in rationibus pupilli, præstandum quod bona fide percepisset, aut percipere potuisset, si fœnori dare (quum potuisset), neglexisset; quum id quod ab alio debitore nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit, totum sortis vice fungatur vel fungi debeat ». *l.* 58. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tutor. lib.* 11. *dig.*

Item, « quæsitum est an usuræ pupillaris pecuniæ quas tutores debuerunt, quum ad curatorem transferuntur, in sortem computentur, et universæ summæ usuras debere curatores incipiant? Respondit, omnis pecuniæ, quæ ad curatores transit, parem causam esse; quia omnis sors efficitur ». *d. l.* 58. §. 4.

LII. Vidimus an et quæ usuræ in judicio *tutelæ* veniant. Veniunt autem non solum si tutor ex facto proprio, sed et si ex contutoris facto, hoc judicio condemnetur.

Ita Ulpianus : « Si tutor pro contutore condemnetur, an etiam in usuras condemnandus sit, quæritur? Et placet (ut multis rescriptis continetur, et Papinianus, libro 12 quæstionum, ait) etiam in usuras eum condemnandum, si suspectum facere supersedit. Et quidem eas demum usuras cogendum præstare, quas ex sua etiam administratione cogeretur ». *l.* 7. §. 14. *ff.* 26. 7. *admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Ce que nous avons dit qu'un tuteur devait les intérêts pupillaires des sommes qu'il avait négligé de recevoir des débiteurs de son pupille, s'entend du cas où ces débiteurs ne devaient pas de plus gros intérêts.

« Mais si le tuteur devait lui-même au père de son pupille à des intérêts plus forts que les intérêts pupillaires; voyons ce qu'il faudra dire dans ce cas. S'il a payé, il n'y a plus de question, parce qu'il pouvait payer pour se libérer des intérêts; mais, dans le cas contraire, il doit les intérêts au même taux qu'il devait se les payer à lui-même ».

LI. Il faut encore observer qu'un tuteur doit les intérêts des sommes qu'il a négligé de faire payer aux débiteurs de son pupille, et même ceux des sommes qu'ils devaient à titre d'intérêt.

Ainsi l'enseigne Scævola dans l'espèce suivante : « Un pupille avait deux tuteurs, l'un était mort avant la majorité de ce pupille, l'autre avait reçu, en vertu d'un jugement, des héritiers du defunt, ce qu'il devait à ce même pupille, avec les intérêts qui en étaient échus. On demandait si, sur l'action de la tutelle intentée par le pupille devenu majeur, son dernier tuteur lui devait les intérêts seulement de la somme principale qu'il avait reçue du premier, ou s'il lui devait ensemble les intérêts de ce qu'il avait reçu ou dû recevoir depuis la mort de son cotuteur à titre d'intérêt. J'ai répondu que s'il avait employé ces sommes dans ses affaires, il en devait les intérêts; mais que s'il les avait laissées dans le compte de son pupille, il devait en payer les intérêts qu'il en aurait retirés de bonne foi, ou ceux qu'il en devrait payer à raison de la négligence à les placer; parce qu'on regarde et qu'on doit regarder en effet comme formant un capital ou un principal, ce qu'il a reçu ou dû recevoir à titre d'intérêt ».

« On a aussi demandé s'il fallait encore regarder comme principal les intérêts des deniers pupillaires que devaient des tuteurs en remettant l'administration des biens de leur pupille à son curateur, et si celui-ci en devrait lui-même les intérêts. Il a été répondu que tout ce que ce curateur avait reçu était de même nature, et qu'il l'avait reçu à titre de principal ».

LII. Nous avons examiné si et quels intérêts entraient dans l'action de la tutelle; mais elle comprend aussi ceux qui résultent des condamnations prononcées contre un tuteur, non-seulement pour son fait, mais encore pour celui de son cotuteur.

Ulpien dit : « On demandait si un tuteur, condamné pour son cotuteur, devait aussi les intérêts dont ce dernier était tenu. Il a été décidé, conformément à plusieurs rescrits, et à ce que dit Papinien *liv.* 12, *quæst.*, qu'il était aussi condamné aux intérêts s'il avait négligé de dénoncer son cotuteur comme suspect; mais qu'il devait ces intérêts seulement au même taux que ceux dont il était passible pour son administration personnelle ».

LIII. Jam circa usuras quærendum restat, usquequo currant.

Et « sciendum est tutorem, et post officium finitum, usuras debere in diem quo tutelam restituit ». *d. l.* 7. §. 15.

Et quidem tales pergunt currere, quales currebant. Unde « quæsitu n est an, ejus pecuniæ qua tutor usus est, post finitam quoque tutelam in diem judicii accepti easdem usuras præstare debeat? Paulus respondit : finita administratione eas usuras debere computari, quæ in tutelæ judicio computantur ». *l.* 46. §. 3. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 9. *resp.*

Quando autem sistantur usuræ, docet Marcellus. Ita ille : « Tutor qui post pubertatem pupilli, negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras præstare non debet ex quo obtulit pecuniam ».

(Ulpianus notat : non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco).

« Quinetiam, justius mihi videtur eum, per quem non stetit quominus conventus restitueret tutelam, ad præstationem usurarum non compelli (1) ». *l.* 28. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut. lib.* 8. *dig.*

« Maximeque heredem tutoris; nam periniquum est eum, cui forte post viginti annos, vel amplius, in mentem venit tutelam reposcere, etiam usuras postulare ». *l.* 29. *d. tit. ibid.*

Alterum modum quo sistuntur usuræ, referunt Diocletianus et Maximianus : « Pupillus agere vobiscum actione tutelæ compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, ut et (si quid ei debetis) cursus inhibeatur usurarum, denuntiationibus frequenter interpositis, ad judicium eum provocate : ac, si rem dissimulatione proferat, actis apud præsidem provinciæ factis, voluntatis vestræ rationem declarate : quo facto, tam vobis ipsis quam securitatis filiorum vestrorum consuletis (2). Quod et in curatoribus locum habet ». *l.* 4. *cod.* 5. 56. *de usur. pupillarib.*

---

(1) Hoc scribebat Marcellus antequam receptum esset, ut ipso jure citra interpellationem currerent usuræ ejus quod tutor pupillo debet. De qua re vid. supra, *lib.* 22. *tit.* 1. *de usur. n.* 49. cum notis.

(2) Cujacius ad *h. l.* inde colligit duos esse modos sistendi cursum usurarum : primum, si tutor pecuniam offerat et deponat; alterum qui in hac *l.* proponitur, si frequenter denuntiet, et actis contestetur se paratum esse restituere tutelam. Hoc tunc locum habere crediderim, quum dispunctione opus est (*il y a quelques débats à faire*), ut intelligatur quantæ summæ tutor sit reliquator; adeo ut ante hanc dispunctionem, non sit certa summa quam deponere possit.

LIII. Il reste encore à examiner, par rapport à ces intérêts, combien de tems ils doivent courir.

Et « il faut savoir qu'un tuteur doit des intérêts même après la cessation de sa gestion, et jusqu'au jour où il aura rendu son compte de tutelle ».

Ces intérêts continuent de courir au même taux qu'ils couraient précédemment. C'est pourquoi « on a demandé si un tuteur devait payer les mêmes intérêts depuis la fin de son administration jusqu'au jugement sur l'action de la tutelle, pour les sommes qu'il avait employées dans ses propres affaires. Paul a répondu que les intérêts qu'il devait lorsque son administration a fini, couraient jusqu'au jugement ».

Mais Marcellus nous enseigne quand les intérêts cessent de courir. « Un tuteur, dit-il, qui a cessé d'administrer les affaires de son pupille depuis sa majorité, ne lui doit plus d'intérêts depuis l'offre qu'il a fait de payer tout ce qu'il pouvait lui devoir ».

« Ulpien observe qu'il ne suffit pas qu'il ait offert de se libérer, à moins qu'il n'ait déposé ce qu'il devait en lieu de sûreté ».

» Il me paraît même plus juste de ne pas condamner à payer des intérêts, un tuteur au pouvoir duquel il n'a pas été de remettre la tutelle dès qu'il en a été requis judiciairement (1) ».

« Et surtout son héritier, parce qu'il serait trop injuste d'accorder des intérêts à celui qui aurait négligé de demander son compte de tutelle pendant plus ou moins de tems après sa majorité ».

Il est encore une autre manière de faire cesser les intérêts courans, et que rapporte Dioclétien et Maximien. « Votre pupille ne peut pas être forcé à intenter contre vous l'action de la tutelle; mais pour éviter toutes chicanes, et pour faire cesser les intérêts, si vous lui devez quelque chose, faites-lui des sommations de recevoir son compte; et s'il s'y refuse, énoncez-lui les motifs de votre offre devant le président de la province; vous vous mettrez ainsi, comme vos héritiers, à l'abri de tout reproche (2), formalité que que devront pareillement observer les curateurs ».

---

(1) Marcellus écrivait ceci lorsqu'il n'était pas encore reçu que le tuteur dût de plein droit des intérêts des sommes reçues pour son pupille. Sur quoi voyez ci-dessus, *liv.* 22. *tit. de usur. n.* 49. et les notes.

(2) Cujas, sur cette loi, conclut de là que les intérêts cessent de courir de deux manières; c'est-à-dire, lorsque le tuteur a offert de payer et déposé, et de la manière proposée dans cette loi, c'est-à-dire, lorsqu'il a dénoncé à son pupille majeur, et déclaré au président qu'il était prêt à se décharger de la tutelle. Je crois que cela ne s'observe ainsi que quand il y a aussi lieu à des débats sur la quotité du reliquat de compte, de manière que le tuteur ne puisse pas savoir quelle somme il doit déposer.

§. VI. *De solutione pecuniæ cujus tutor ex redditis rationibus reliquator est.*

LIV. Tutor pecuniam, cujus ex redditis rationibus reliquator est, statim solvere debet.

Cæterum, quum pecuniam pupillarem credidit tutor, « si tutelæ agat is cujus tutela administrata est, dicendum est nonnunquam diem creditæ pecuniæ expectandum, si forte tutor pecuniam crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum venit. Sane, quod ad pecunias attinet, ita demum verum est, si potuit et debuit credere. Cæterum, si non debet credere, non expectabitur ». *l.* 8. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 23. *ad ed.*

ARTICULUS VI.

De privilegio judicii tutelæ.

LV. Pupillus habet privilegium in bonis tutoris pro eo quod ipsi ex gesta tutela debet; et quidem, sive ipse tutor, sive defensor ejus condemnatus sit. Nam « defensor tutoris condemnatus, non aufert privilegium pupilli; neque enim sponte cum eo pupillus contraxit ». *l.* 22. Paul. *lib.* 13. *quæst.*

Imo, « sed si pupillus post pubertatem rationibus a tutore acceptis, reliquationem ejus secutus, usuras acceptaverit, privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. Prætor enim privilegium ei servare debet ». *l.* 44. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 13. *quæst.*

Cæterum, personam pupilli non egreditur hoc privilegium, ut docet Papinianus. Ita ille : « Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit. In rem suam judicatus (1) procurator datus, privilegium pupilli non habebit; quod nec heredi pupilli datur : non enim causæ, sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem ». *l.* 42. *d. tit. lib.* 1. *definit.*

LVI. Non eo autem usque progreditur privilegium quod pupillus habet, ut tutori liberam facultatem auferat de rebus suis disponendi.

Hinc Diocl. et Max. : « De successione sua tutores frustra timent (2), quum his qui tutelam administraverunt testamenti factio non denegetur, nec de bonis suis donare aliquid prohibeantur ». *l.* 17. *cod.* 5. 37. *de admin. tut.*

---

(1) Id est, tutor pupillo condemnatus, qui, mandatis sibi pupilli actionibus, experietur adversus contutorem tanquam procurator pupilli in rem suam factus.

(2) *Frustra timent* ne de successione sua, de bonis suis, non possint disponere.

§. VI. *Du paiement à faire par le tuteur de ce qu'il doit en vertu de son compte.*

LIV. Le tuteur doit payer sur-le-champ les sommes dont il est reliquataire en vertu de son compte de tutelle.

Mais lorsque le tuteur a prêté des sommes appartenantes à son pupille, « si le pupille intente l'action de la tutelle, il faut dire que dans certain cas il faut attendre l'échéance des obligations; par exemple, lorsque le tuteur a prêté, au nom du pupille, pour un terme qui n'est pas encore échu, ce qui toutefois n'est vrai, quant aux sommes placées de cette manière, qu'autant qu'il a pu et dû les placer; car s'il ne l'a pas dû, on ne sera pas tenu d'attendre les termes qu'il a donnés ».

ARTICLE VII.

Du privilége de l'action de la tutelle.

LV. Le pupille a privilége sur les biens de son tuteur pour ce qu'il lui doit en raison de la tutelle, soit qu'il l'ait fait condamner lui-même ou son défenseur. Car « le pupille n'est pas déchu de son privilége pour avoir fait condamner le défenseur de son tuteur puisqu'il n'a pas volontairement contracté avec lui ».

« Lors même que le pupille, ayant reçu son compte de tutelle après sa majorité, aurait consenti à en laisser le reliquat dans les mains de son tuteur sans intérêt, il n'est pas pour cela déchu du privilége qu'il a sur les biens de son tuteur qui ont été vendus, parce que le préteur doit le lui conserver ».

Mais ce privilége est personnel au pupille, comme l'enseigne Papinien. « Si un juge a condamné solidairement un des tuteurs d'un pupille, le condamné n'aura pas contre l'autre, comme procureur dans sa cause, le privilége du pupille, que n'aurait pas même l'héritier de ce pupille (1), parce que ce n'est pas à la cause qu'on subvient, mais seulement à la personne, que l'on a jugée digne de cette faveur particulière ».

LVI. Le privilége qu'a le pupille ne s'étend pas non plus jusqu'à ôter à son tuteur la libre disposition de ses biens.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Les tuteurs craignent sans motif de ne pouvoir disposer de leurs biens (2), car ceux qui exercent une tutelle n'en peuvent pas moins disposer par testament ou par donation ».

---

(1) C'est-à-dire, le tuteur condamné envers le pupille qui agit contre son cotuteur comme procureur de son pupille, en vertu des actions qu'il lui a cédées.

(2) *Craignent en vain* de ne pas pouvoir disposer de leur succession et de leurs biens.

SECTIO II.

De actione de rationibus distrahendis.

Præter actionem *tutelæ*, competit pupillo ex lege XII Tabularum actio de *rationibus distrahendis*, id est, de eo quod tutor dolo ex rationibus pupilli distrahit seu intervertit.

Ait enim lex XII Tab. *si tutor dolo malo gerat, vituperato: quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito.*

Circa hanc actionem videbimus : 1°. quo casu competat; adversus quos; et, si plures sint, quatenus ex communi fraude quisque teneatur; 2°. quando hæc actio competat, et qualis sit, quidve in ea veniat præstandum; 3°. cum quibus actionibus concurrat, et an per eas tollatur.

§. I. *Quo casu hæc actio competat, adversus quos; et, quum plures tutores communi fraude rationes pupilli interverterunt, quatenus quisque hac actione teneatur?*

LVII. « Actione *de rationibus distrahendis* nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit ». *l.* 2. Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

LVIII. Hac autem « rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores qui legitimi fuerunt, sed omnes qui jure tutores sunt et gerunt tutelam ». *l.* 1. §. 19. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

LIX. « Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus an ea actione, quæ proponitur ex lege XII Tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur; et (1) quamvis unus duplum præstiterit, nihilominus etiam alii teneantur? Nam in aliis furibus ejusdem rei pluribus, non est propterea cæteris pœnæ deprecatio, quod ab uno jam exacta est. Sed tutores propter ad missam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere (2). Nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione præstare, et quasi specie condictionis (3) aut ipsam rem, aut ejus æstimationem ». *l.* 55. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Tryph. *lib.* 14. *disp.*

---

(1) Et quidem an sic teneantur, ut, quod unus solverit, alterum non liberet.

(2) Adeoque differt hæc actio ab actione *furti*.

(3) Ostendit in quo hæc actio differat ab actione *furti*. Actio *furti* meram pœnam persequitur : hæc mixta est, et cum pœna persequitur rei æstimationem. Unde ei qui hac actione duplum consecutus est, non superest rei

SECTION II.

De l'action *des distractions faites par les tuteurs dans leurs comptes de tutelle.*

Outre l'action de la tutelle, le pupille a aussi, en vertu de la loi des XII Tables, l'action des comptes non complets, c'est-à-dire, à raison des distractions que son tuteur aurait faites frauduleusement dans son compte.

Car la loi des XII Tables dit : *Si un tuteur gère de mauvaise foi, qu'il en soit puni, et qu'il rende au double ce qu'il aurait distrait ou détourné de son compte après la gestion.*

Par rapport à cette action, nous verrons 1°. en quels cas elle est donnée, contre qui elle a lieu, et jusques à quel point chacun de plusieurs tuteurs en est tenu pour un dol commun; 2°. quand cette action a lieu, quelle en est la nature, et ce qui y entre; 3°. avec quelles autres actions elle concourt, et si elles la périment.

§. I. *En quels cas cette action a lieu; contre qui, et en quel point chacun de plusieurs des tuteurs en est tenu pour un dol commun dans le compte qu'ils ont rendu à leur pupille.*

LVII. « L'action de la distraction frauduleuse dans les comptes n'est donnée que contre le tuteur qui a distrait de mauvaise foi des biens du pupille en administrant sa tutelle ».

LVIII. Toutefois « cette action a lieu non-seulement contre les tuteurs légitimes, mais contre tous ceux qui ayant été donnés par le droit, ont géré la tutelle ».

LIX. « Si les tuteurs eux-mêmes ont soustrait la chose du pupille, voyons si chacun d'eux est tenu solidairement de l'action du double donnée contre les tuteurs par la loi des XII Tables, et si (1), l'un ayant subi cette peine, les autres y sont encore soumis; car, par rapport à ceux qui auront volé une même chose, on ne pourra pas ne point l'infliger à tous les autres, par cela seul que l'un d'eux y a été condamné et l'a subie; mais les tuteurs chargés d'administrer les biens du pupille ne sont pas tant censés avoir soustrait sa chose malgré lui, qu'avoir abusé de leur droit (2); et enfin personne ne dira qu'on puisse lui faire restituer la chose au double par cette action des XII Tables, et ensuite par une espèce d'action personnelle (3) la chose elle même ou sa valeur ».

---

(1) Et s'ils en sont tenus, de manière que celui qui a payé ne libère pas l'autre.

(2) Et par conséquent cette action diffère de celle du vol.

(3) Il fait voir en quoi cette action diffère de l'action du vol L'action du vol n'atteint que la peine; celle-ci est mixte, et poursuit en même tems la peine et le prix de la chose; c'est pourquoi celui qui a obtenu le double par

§. II. *Quando competat hæc actio; qualis sit, et quid in ea præstandum veniat?*

LX. « Hæc actio tunc competit quum et tutelæ actio est, hoc est: finita demum tutela ». *l.* 1. §. 24. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

LXI. « Hanc actionem sciendum est perpetuam esse, et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est. Sed in heredem cæterosque successores non dabitur, quia pœnalis est ». *d. l.* 1. §. 23.

LXII. Dolo tutoris curatorisve detecto, in duplum ejus pecuniæ condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt ». Paul. *sent. lib.* 2 *tit.* 3. §. 1.

Verum « considerandum est in actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit. Et magis esse arbitror, in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum æstimationem ». *sup. d. l.* 1. §. 20.

Cæterum, « hæc actio, licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet ». *l.* 2. §. 2. Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

§. III. *Cum quibus actionibus hæc actio concurrat, et an per illas tollatur?*

LXIII. Hæc actio concurrit cum actione *tutelæ*, sed ita ut altera alteram tollat.

Nam « in tutela, ex una obligatione duas esse actiones constat. Et ideo sive *tutelæ* fuerit actum, *de rationibus distrahendis* agi non potest: si contra, tutelæ actio quoad speciem istam peremptа est ». *sup. d. l.* 1. §. 21.

« Quod si (*tutor*) furandi animo fecit, etiam *furti* tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet (1) ».

« Sed et condictio ex furtiva causa competit: per quam si con-

---

condictio. Hinc concludendum relinquit, hoc quod ab uno hac actione solutum est, alterum liberare: qui enim consecutus est, non potest amplius agere hac actione in qua rei persecutio continetur.

(1) Quum enim actio *furti* meram pœnam contineat, si ea actum fuerit, superest actio *de rationibus distrahendis* ad rei persecutionem. Vice versa, si actum fuerit actione *de distrahendis rationibus*, superest actione *furti* ad pœnam; deducto tamen eo quod jam, pœnæ nomine, judicio *de distrahendis rationibus* consecutus est pupillus. Vid. infra, *lib.* 44. *tit.* 7. *de obligat. et actionib.*

§. II. *Quand cette action est donnée, de quelle nature elle est, et ce qui y entre.*

LX. « Cette action a lieu en même tems que celle de la tutelle, c'est-à-dire, lorsque la tutelle est finie ».

LXI. « Il faut savoir que cette action étant perpétuelle, se donne aux héritiers ou autres successeurs du pupille pour ce qui a été soustrait de ses biens de son vivant, mais qu'elle n'a lieu ni contre l'héritier, ni contre les autres successeurs du tuteur, comme étant une action pénale ».

LXII. « Après avoir découvert le dol du tuteur ou du curateur, on poursuit la condamnation pour le double de la somme dont ils ont voulu frustrer le mineur ».

Mais « il faut examiner si, sur cette action, on double seulement le prix de la chose, ou si la condemnation doit comprendre l'intérêt qu'avait le mineur; mais j'estime qu'on ne doit doubler que la valeur de la chose, et que cette action ne comprend pas l'intérêt qu'avait le pupille ».

Toutefois, « quoique cette action soit au double, elle poursuit au simple la restitution de la chose ».

§. III. *Avec quelles actions celle-ci concourt, et si elles la périment.*

LXIII. Cette action concourt avec celle de la tutelle, mais de manière que l'une périme l'autre.

Car « il est constant que par rapport à la tutelle, deux actions naissent d'une seule obligation, que par conséquent si l'on a intenté l'action de la tutelle, on ne peut plus intenter celle à laquelle donnent lieu les distractions frauduleuses commises par le tuteur; et que si au contraire on a intenté cette dernière, celle de la tutelle est périmée ».

« Mais si le tuteur a soustrait dans l'intention de voler, il est passible de l'action du vol; car il est pareillement soumis à l'une et à l'autre action, et l'une ne périme pas l'autre (1) ».

« Il y a même lieu à l'action de la chose volée; et si le pupille a recouvré par cette action ce qui lui avait été soustrait, il

cette action n'a plus l'action personnelle pour recouvrer la chose. Il laisse à conclure que si l'un a payé sur cette action, il a libéré l'autre; parce que celui qui a déjà obtenu la chose ne peut plus exercer une action par laquelle il l'obtiendrait une seconde fois.

(1) Car puisque l'action du dol ne comprend que la peine, quand on l'a intentée, on peut encore intenter l'action en distraction pour obtenir la chose distraite; et réciproquement après avoir intenté cette dernière, on peut intenter l'autre pour faire punir le vol, sauf à déduire dans les condamnations ce qui a été accordé à titre de peine sur l'action en distraction, comme on le verra ci-après, *liv. 44. tit. des oblig. et des act.*

secutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium; quia nihil absit (1) pupillo ». *sup. d. l.* 2. §. 1.

Quare autem contra actio *furti* et hæc actio non se invicem destruant, docet Ulpianus. Ita ille : « Hunc tamen tutorem qui intercepit pecuniam pupillarem, et *furti* teneri Papinianus ait. Qui et si furti teneatur, hac actione conventus, furti actione non liberatur : nec enim (2) eadem est obligatio furti ac *tutelæ*, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes ; nam et *tutelæ* et *furti* obligatur ». *d. l.* 1. §. 22.

SECTIO III.

De utili *curationis causa actione.*

Ex administratione curæ adulti nascitur ultro citroque actio, nimirum *negotiorum gestorum*, non directa (quum non sponte curator ad administrationem accesserit), sed utilis.

Circa hanc actionem utilem quæ adversus curatorem adulti datur, et eo sensu dicitur etiam directa quatenus opponitur contrariæ, videndum quando competat, et quid in ea veniat præstandum.

De contraria utili quæ curatori adversus adultum competit, in tit. seq.

§. I. *Quando hæc actio competat?*

LXIV. Hæc actio finita demum cura competit.

Hinc Severus et Antoninus : « Adversus curatorem adolescentis cui collegæ datis estis, quandiu administratio communis durat, exerceri judicium (3) non potest ». *l.* 2. *cod.* 5. 37. *administr. tut.*

---

(1) Nec enim ei abest res, quam per *condictionem furtivam* consecutus est. Pœnam quoque consecutus est per actionem *furti*, de qua mox locutus est. Sequitur ergo tolli hoc judicium. Sed et si tantum *condictione furtiva* actum esset, non etiam actione *furti*, potest adhuc dici hoc judicium *de rationibus distrahendis* tolli : nam certe tollitur quoad rei persecutionem; quoad pœnæ autem persecutionem inutile est pupillo, cui magis expedit agere actione *furti*.

(2) Id est, furtum et tutela sunt diversæ causæ obligationum ; non una eademque causa ex qua plures actiones descendunt : præterea diversa persequuntur.

(3) Ad hoc scilicet ut curationis rationes reddantur. Cæterum, de causa aut actu aliquo particulari, etiam manente curatione, agi adversus curatorem potest : ut videb. infra, *lib.* 46. *tit.* 6. *de rem pupilli, etc.* ex *l.* 16. §. 1. *ff. h. tit.* et obiter mox infra *tit.* 5. *de eo qui pro tutore, etc.*

cesse de pouvoir intenter les autres, parce qu'il n'a plus rien à perdre (1) ».

Mais pourquoi au contraire l'action du vol et celle-ci ne se périment-elles pas réciproquement? Ulpien nous l'apprend ainsi: « Papinien, dit-il, pense que néanmoins le tuteur qui a détourné des deniers pupillaires est aussi soumis à l'action du vol; mais que, bien qu'il soit soumis à l'action du vol, s'il a été actionné en vertu de l'action en distraction, il n'est pas libéré de celle du vol, parce que (2) l'obligation qui naît du vol n'est pas celle qui naît de la tutelle, et qu'on ne peut pas dire que ce soit deux obligations dérivant de la même cause, puisque l'une émane de la tutelle et l'autre du vol ».

SECTION III.

De l'action utile qui dérive de la curatelle.

De l'administration de la curatelle d'un adulte naît respectivement une action, c'est-à dire, celle de la gestion des affaires, non pas l'action directe (puisqu'un curateur ne se présente pas spontanément pour administrer une curatelle), mais l'action utile.

Par rapport à cette action utile qui est donnée contre un curateur d'un adulte, et qui, en ce sens, est aussi appelée action directe, en tant qu'elle est opposée à l'action contraire, il faut examiner quand elle a lieu et ce qui y entre.

Nous verrons dans le titre suivant ce qui concerne l'action contraire utile donnée au curateur contre l'adulte.

§. I. *Quand cette action a lieu.*

LXIV. Cette action n'a lieu qu'après la curatelle.

C'est pourquoi Sévère et Antonin disent: « Vous ne pouvez pas exercer l'action (3) contre le curateur à qui vous avez été adjoint, tant que durera votre administration commune ».

---

(1) Car il n'a plus perdu la chose qu'il a recouvrée par l'action de la chose volée; il a aussi obtenu la peine du vol par l'action du vol dont on vient de parler. Cette action est donc périmée; et même si on n'avait intenté que l'action de la chose volée, et non celle du vol, on pourrait encore dire que cette action en distraction serait périmée; car certainement elle l'est quant à la poursuite de la chose, et quant à la poursuite de la peine; elle est inutile au pupille à qui il convient bien davantage d'intenter celle du vol.

(2) C'est-à-dire, le vol et la tutelle sont deux causes d'obligations différentes, et non une cause qui produit deux actions. Elles ont aussi deux objets différens.

(3) Pour leur faire rendre compte de la curatelle; mais on peut actionner un des curateurs, pendant la durée de la curatelle, pour une cause particulière, comme on le verra ci-après, *liv.* 46. *tit. rem pupilli, etc.*, dans la *l.* 16. §. 1. *ff.* de ce titre, et bientôt ci-après, *tit. du tuteur subrogé.*

Item Philippi : « Rationes curæ administratæ ante impletum quintum et vicesimum annum, durante officio, posci jure non posse manifestum est ». *l.* 14. *cod. h. t.*

§. II. *Quid veniat in hac actione præstandum?*

LXV. Eadem veniunt in hac actione, quæ in actione tutelæ venire supra vidimus.

Maxime autem id venit quod ab his, qui ex causa tutelæ tenebantur, non exegerit curator quidquid debebant.

Et quidem responsum est, « convento herede tutoris judicio *tutelæ*, curatorem ejusdem neque ipso jure liberatum videri, neque exceptionem rei judicatæ (1) ei dandam. Idemque in heredibus magistratuum observandum ». *l.* 23. Paul. *lib.* 9. resp.

Non tenetur autem curator de eo quod adolescens, postquam veniam ætatis impetravit, ipse ex bonis suis deminuit. Hinc V. G. « quod de peculio servi actoris (2), quem adolescens postquam res suas administrare cœpit (3) manumisit, (et) retinuit aut retinere potuit (4), in ratione reddenda curatori per judicem accepto feretur (5) ». *l.* 39. §. 18. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Pap. *lib.* 5. resp.

LXVI. In hoc judicio curatori deductio fieri debet ejus quod legitime in res adulti impendit.

Circa has impensas elegans regula traditur in specie sequenti : « Lucius-Titius, coheres et curator sororis suæ, quum esset ex civitate in qua usitatum erat ipsos dominos prædiorum, non conductores, onera annonarum et contributionem temporarium sustinere, morem hunc et consuetudinem semper observatam secutus, et ipse pro communi et individa hereditate annonas præstitit. Quæro an in rationibus dandis opponi curatori possit quia non recte pro parte sororis tales impensas fecerat? Modestinus respondit, in id demum curatorem adultæ reputare ex causa de qua quæritur posse, quod ipsa (si rem suam administravit) erogare compelleretur ». *l.* 32. §. 6. *d. t.* Modest. *lib.* 6. resp.

---

(1) Finge tutoris heredem fuisse absolutum culpa curatoris. Non ideo liberabitur curator : si enim curator excipiat tutorem fuisse absolutum, replicabitur ei quod culpa ejus absolutus est.

(2) Dispensatoris.

(3) Id est, veniam ætatis impetravit. (Cujacius.)

(4) Nec tamen retinuit.

(5) Id est, absolvetur curator ab hoc peculio ; quia non per curatorem, sed per ipsum adolescentem hoc peculium adolescenti abest.

Les empereurs Philippes disent aussi : « Il est constant en droit qu'on ne peut pas demander juridiquement compte aux administrateurs d'une curatelle, tant que leurs fonctions subsistent, que l'adulte n'a pas atteint sa vingt-cinquième année ».

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

§. II. *De ce qui entre dans cette action.*

LXV. Ce que nous avons dit devoir entrer dans l'action de la tutelle entre aussi dans celle de la curatelle.

Mais elle comprend surtout l'obligation imposée au curateur de faire payer à ceux qui ont géré la tutelle de l'adulte ce qu'ils lui devaient à ce titre.

Il a même été décidé que, « bien que l'action de la tutelle eût été intentée contre l'héritier du tuteur, le curateur n'en était pas libéré de droit, et qu'on ne devait pas lui donner l'action de la chose jugée (1); ce qui avait également lieu par rapport aux héritiers d'un magistrat ».

Mais un curateur n'est pas tenu des dissipations de son mineur depuis qu'il a obtenu dispense d'âge. C'est pourquoi, par exemple, « ce qu'un adulte a retenu du pécule d'un esclave régisseur (2), qu'il a affranchi depuis qu'il a commencé à administrer ses biens (3), ou ce qu'il en a pu retenir (4), n'entrera pas dans le compte du curateur, et le juge lui en fera donner quittance (5) ».

LXVI. On doit porter en déduction sur cette action, les dépenses légitimes du curateur pour les affaires de l'adulte.

On va voir dans l'espèce suivante, une règle assez juste par rapport à ces dépenses. « Lucius-Titius, cohéritier et curateur de sa sœur, étant d'une ville où il était d'usage que les propriétaires et non les fermiers des maisons supportassent les charges de l'approvisionnement et des provisions temporaires, avait constamment observé cet usage et cette coutume, et supporté lui-même toutes ses charges pour une hérédité commune et indivise. On demandait, si dans les comptes de ce curateur, on ne pouvait pas lui objecter qu'il avait eu tort de faire de pareilles dépenses pour la portion de sa sœur. Modestinus répondit qu'on devait lui passer seulement en compte à cet égard, ce que sa sœur eût été obligée de dépenser si elle eût administré elle-même ses biens ».

---

(1) On suppose que l'héritier du tuteur avait été acquitté de la faute de son curateur, le curateur n'en était pas libéré pour cela ; car s'il eût excipé de ce que le tuteur était acquitté, on lui eût répliqué que c'était de sa faute qu'il avait été acquitté.

(2) Agent d'affaires.

(3) C'est-à-dire, depuis qu'il avait obtenu dispense d'âge. Cujas.

(4) Et n'avait cependant point retenu.

(5) C'est-à-dire, le curateur sera libéré de ce pécule, parce que ce n'est pas par la faute du curateur que l'adulte l'a perdu.

TITULUS IV.

De contraria tutelæ, et utili actione.

TRACTATIONI de actionibus directis quæ ex administratione tutelæ vel curæ dantur, recte subjungitur tractatio de contrariis actionibus quæ ex hac administratione competunt. *De contraria tutelæ* actione, primo articulo agemus; in sequenti, de contraria utili negotiorum gestorum actione, quæ ex administratione curæ datur.

ARTICULUS I.

De contraria tutelæ *actione.*

I. « Contrariam *tutelæ* actionem prætor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore, ex sua administratione. Quanquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit; attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet ».

« Etenim provocandi fuerant tutores ut promptius de suo aliquid impenderent, dum scirent se recepturos id quod impenderint ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Videndum autem quando huic actioni locus sit, quando competere incipiat, qualis sit, cui et adversus quem detur, et quæ in hac actione veniant.

§. I. *Quando huic locus sit, quando competat, cui et adversus quem?*

II. Huic actioni locus est (ut diximus) quum tutor in rem pupilli aliquid utiliter impendit. Et quidem « hanc actionem dandam placet, etsi tutelæ judicio non agatur. Etenim nonnunquam pupillus idcirco agere tutelæ non vult, quia nihil ei debetur; immo plus in eum impensum est, quam (quod) ei abest: nec impediendus est tutor contrario agere ». *d. l.* 1. §. 8.

« Longe magis (1) dandum est, et si rationibus distrahendis actio intendatur ». *l.* 2. Jul. *lib.* 21. dig.

III. « Finito autem officio, hanc actionem competere dicemus tutori. Cæterum, quandiu durat, nondum competit ». *d. l.* 1. §. 3.

---

(1) Quo enim magis vexatur per hanc actionem quæ est in duplum, eo magis admittendum est ut sibi prospicere possit.

TITRE IV.

De l'action contraire et de l'action utile de la tutelle.

On a joint avec raison au traité des actions directes, qui dérivent de l'administration de la tutelle et de la curatelle, celui des actions contraires, auxquelles cette même administration donne également lieu. Nous allons parler, dans un premier article, de l'action contraire de la tutelle, et dans le suivant de l'action contraire utile de la gestion des affaires qui dérive de l'administration de la curatelle.

ARTICLE I.

De l'action contraire de la tutelle.

I. « Le préteur proposa, et introduisit l'action contraire de la tutelle, pour qu'on répugnât moins à se charger d'une tutelle, sachant qu'on aurait action contre le pupille, lequel demeurerait obligé pour les causes résultant de l'administration de ses affaires. En effet, quoique les pupilles ne puissent pas s'obliger sans l'autorisation de leurs tuteurs, et que leurs tuteurs ne puissent pas les faire obliger envers eux-mêmes, il est cependant reçu qu'un pupille est civilement obligé envers son tuteur, à raison de l'administration de ses biens ».

« Parce qu'il fallait bien qu'un tuteur sût qu'il pourrait recouvrer les avances qu'il aurait faites dans la gestion de la tutelle; pour qu'il ne refusât pas d'y employer ses propres deniers ».

Voyons quand il y a lieu à cette action, quand on est fondé à l'intenter; quelle est sa nature; à qui et contre qui elle est donnée, et ce qui y entre.

§. I. *Quand cette action a lieu; quand on est fondé à l'intenter; à qui et contre qui elle est donnée.*

II. Cette action a lieu, comme nous l'avons déjà dit, lorsque le tuteur a dépensé utilement quelque chose pour les affaires de son pupille. Et même « il a été décidé qu'il avait cette action, quoique ce dernier n'eût pas intenté celle de la tutelle, parce qu'il pourrait ne pas l'intenter, sachant qu'il ne lui serait rien dû, ou même qu'il serait au contraire redevable envers son tuteur, cas auquel son tuteur pouvait sans empêchement exercer l'action contraire de la tutelle ».

« Des raisons plus militantes encore devaient la lui faire accorder, dans le cas où il serait actionné pour infidélité dans ses comptes (1) ».

III. « Mais nous dirons qu'un tuteur ne peut avoir cette action qu'après l'expiration de ses fonctions, et que jusques là il ne l'a pas encore ».

(1) Car plus il est vexé par cette action, qui est du double, plus on doit aussi lui être favorable dans sa défense.

Is vero qui est « a tutela remotus, eo loco haberi debet, quo esset finita tutela : et sicut actiones patitur perinde ac si pupillus pubes factus esset, ita contrario judicio, si quid ei aberit, persequi debebit. Nihil enim prohibet suspectum tutorem esse, quamvis complura in rem pupilli impenderit, quæ eum amittere non oportet ». *l.* 4. Jul. *lib.* 21. dig.

IV. « Hanc actionem perpetuam esse palam est, et heredi et in heredem dari cæterosque successores, et ad quos ea res pertinet, et in eos ». *l.* 3. §. 9. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Hinc « heredem tutoris, si eam summam solverit, in quam obligati pupilli fuerunt, actionem contrariam adversus eos habere posse respondi ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 1. resp.

§. II. *Quæ veniant in hoc judicio præstanda?*

V. Venit in hoc judicio præstandum, quidquid tutor in personam, vel res, aut negotia pupilli utiliter impendit, aut se obligavit.

Et 1°. quod in personam pupilli impendit. Enimvero « officio judicis, qui *tutelæ* cognoscit, congruit reputationes tutoris non improbas admittere : ut puta, si dicat impendisse in alimenta pupilli, vel disciplinas ». *l.* 2. *ff.* 27. 2. *ubi pupill. educ.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Modus autem, si quidem prætor arbitratus est, is servari debet quem prætor statuit. Si vero prætor non est aditus, pro modo facultatum pupilli debet arbitrio judicis æstimari : nec enim permittendum est tutori, tantum reputare quantum dedit, si plus æquo dedit ». *d. l.* 2. §. 1.

« Hoc amplius : etsi prætor modum alimentis statuit, verumtamen ultra vires facultatum est quod decretum est, nec suggessit prætori de statu facultatum : non debet ratio haberi alimentorum omnium; quia, si suggessisset, aut minuerentur jam decreta, aut non tanta decernerentur ». *d. l.* 2. §. 2.

Immo « sed si pater statuit alimenta liberis quos heredes scripserit, ea præstando, tutor reputare poterit; nisi forte ultra vires facultatum statuerit; tunc enim imputabitur ei, cur non adito prætore desideravit alimenta minui ». *d. l.* 2. §. 3.

VI. 2°. Venit quod in res aut negotia pupilli impensum est. V. G. « Sed si servis cibaria præstiterit, vel libertis (scilicet rei pupilli necessariis), dicendum est reputaturum. Idemque et si liberis hominibus, si tamen ratio præstandi justa intercedat ». *l.* 1. §. 8. *ff.* 27. 3. *de tut. et rat. distrah.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Cependant, « un tuteur destitué, doit être assimilé à celui dont la tutelle est finie; et pouvant être actionné comme si son pupille était majeur, il doit aussi pouvoir repliquer par l'action contraire, s'il y a lieu, parce qu'il peut arriver qu'un tuteur destitué comme suspect, ait dépensé pour les affaires de son pupille des sommes qu'il ne doit pas perdre ».

IV. « Il est évident que cette action est perpétuelle, et qu'elle est donnée, non-seulement à l'héritier contre l'héritier et tous autres successeurs, mais encore à tous ceux qui peuvent avoir intérêt à l'invoquer, comme à tous ceux qui peuvent l'invoquer contre eux ».

C'est pourquoi, « j'ai répondu que l'héritier du tuteur ayant payé une somme pour ses pupilles, devait avoir contre eux l'action contraire de la tutelle ».

§. II. *De ce qui entre dans cette action.*

V. Cette action comprend tout ce que le tuteur a dépensé, et toutes les obligations qu'il a contractées pour la personne, les biens ou les affaires de son pupille.

1°. Tout ce qu'il a dépensé pour la personne de son pupille. En effet, « il entre dans les fonctions du juge, qui connaît de l'action de la tutelle, d'admettre toutes les imputations qui ne seraient ni injustes, ni mal fondées; comme, par exemple, celle de dépenses pour les alimens ou l'éducation de son pupille ».

« Mais il faut à cet égard, observer le mode prescrit par le préteur, si la cause a été soumise à sa décision; et si elle ne l'a pas été, le juge doit estimer ces dépenses en raison des facultés du pupille, et ne pas permettre au tuteur de porter en compte tout ce qu'il a dépensé, s'il a dépensé plus que le pupille ne devait dépenser ».

« Il y a plus, si le préteur a statué sur les alimens du pupille, et en a accordé plus que ses facultés ne le permettaient; attendu qu'à cet égard, on ne lui a pas fourni des documens assez exacts, le juge ne devra pas les accorder en entier, parce que le préteur n'en eût pas tant accordé, ou les auraient diminués, s'il eût été mieux instruit ».

Et même « si le père avait fixé les alimens des enfans qu'il instituait ses héritiers, le tuteur pourra se conformer aux intentions du testateur; mais s'il les avait portés au-delà de leur faculté, on imputerait au tuteur de ne s'être pas adressé au préteur pour les faire réduire ».

VI. 2°. Ce que le tuteur a dépensé pour les biens ou les affaires de son pupille. Par exemple, « s'il a fourni des alimens aux esclaves ou aux affranchis composant la famille de ce pupille, il faudra les lui passer en compte. Il en sera de même de ceux qu'il aurait fournis à des hommes libres, pourvu qu'il en ait eu de plausibles raisons ».

« Item sumptus litis tutor reputabit, et viatica, si ex officio necesse habuit aliquo excurrere vel proficisci ». *d. l.* 1. §. 9.

Quod de sumptibus litis diximus, ita accipe si justam litigandi causam habuerit. Cæterum, ut rescribit Alexander, « non est ignotum tutores vel curatores adolescentium, si nomine pupillorum vel adultorum scientes calumniosas instituant actiones, eo nomine condemnari oportere: ne sub prætextu nominis eorum, propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment». *l.* 6. *cod.* 5. 37. *admin. tutor.*

VII. 3°. Sed et « si tutor pro pupillo se obligavit, habet contrariam actionem et antequam solvat ». *l.* 6. Paul. *lib.* 5. *ad Plaut.*

Quinetiam, aget antequam liquida fuerit summa in quam pro pupillo obligatus est.

Unde Pomponius : « Si *tutelæ* aut negotiorum gestorum contrariis actionibus agatur, incerto hoc quantum ab adversariis debetur : tutori procuratorive arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit ». *l.* 3. *ff.* 27. 3. *de tut. et rat. distrah.* Pomp. *lib.* 5. *ad Sab.*

VIII. Non solum autem venit in hoc judico quod tutor impendit aut se obligavit durante tutela, sed etiam « judicio contrario tutelæ præstatur et id quod in rem pupilli versum ante tutelam, vel post tutelam, si negotiis tutelæ tempore gestis nexum probatur; et quod ante impensum est, sive pro tutore negotia gessit, et postea tutor constitutus est, vel ventri erat curator. Sed et si non pro tutore negotia gerebat, debet venire quod ante impensum est. Deducuntur enim in tutelæ judicium, sumptus quoscumque fecerit in rem pupilli; sic tamen si ex bona fide fecit ». *l.* 3. §. 8. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

IX. Item non solum qui ex decreto magistratus sumptus facti sunt, veniunt, sed et qui absque decreto bona fide facti sunt.

Sic enim rescribit Antoninus : « Sumptus in pupillum tuum necessarios et ex justis honestisque causis, judici qui super ea re cogniturus est, si probabuntur facti, accepto ferentur, etiamsi prætoris decretum de dandis eis non sit interpositum. Id namque quod a tutoribus sive curatoribus bona fide erogatur, potius justitia quam aliena auctoritate firmatur ». *l.* 3. *cod.* 5. 37. *de administ. tutor.*

Item sumptus veniunt etiam in illud negotium facti quod bene non cessit.

Nam « sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse; etsi eventum adversum habuit, quod gestum est ». *l.* 3. §. 7. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« On lui passera aussi en compte les frais d'un procès et ceux des voyages qu'il aura dû faire à cette occasion ».

Ce que nous venons de dire, à l'égard des frais d'un procès, s'entend du procès qu'il a eu de justes raisons d'intenter ; car, ainsi l'énonce un rescrit d'Alexandre. « Personne n'ignore que les tuteurs ou curateurs qui ont intenté sciemment, au nom de leurs pupilles ou de leurs mineurs une action sans fondement, doivent en supporter les frais, afin que sous le prétexte de défendre les intérêts de leurs mineurs ou de leurs pupilles, pour satisfaire des animosités particulières, ils ne suscitent impunément des chicanes au nom de ceux-ci ».

VII. 3°. Et même « si un tuteur s'est obligé pour son pupille, il a l'action contraire, quoiqu'il n'ait point encore payé l'objet de son obligation »,

Il pourra même exercer cette action avant que la somme pour laquelle il s'est obligé, soit liquidée.

C'est pourquoi Pomponius dit : « Si un tuteur ou un curateur ont intenté l'action de la tutelle ou celle de la gestion des affaires, avant que les sommes qu'ils avaient à réclamer fussent liquidées, le juge leur fera donner caution du montant de ces sommes, qu'il déterminera dans sa sagesse ».

VIII. Cette action comprend, non-seulement les sommes dépensées par le tuteur et celles pour lesquelles il s'est obligé ; mais encore « l'action contraire de la tutelle, comprend aussi ce qui a été employé dans les affaires du pupille avant sa tutelle ou après ; si celui qui a été son tuteur avait fait ses affaires avant de l'être, ou été son curateur avant sa naissance ; car l'action comprend aussi les dépenses qu'il a faites en tout autre qualité que celle de tuteur, et alors on lui passe en compte toutes ces dépenses quelconques, pour les affaires du pupille, pourvu cependant qu'il les ait faites de bonne foi ».

IX. On lui passe même en compte, non-seulement celles qu'il a faites en vertu d'un décret du préteur, mais encore celles qu'il a faites de bonne foi sans ce décret.

Car Antonin dit dans un rescrit : « Le juge qui connaîtra de la cause, vous passera en compte les dépenses que vous avez faites pour votre pupille, et que des raisons justes et valables auront fait juger nécessaires, si elles sont bien prouvées, et quoiqu'elles n'aient point été ordonnées par le préteur ; car les dépenses faites de bonne foi par un tuteur ou un curateur, leur sont allouées par des raisons d'équités, plutôt que par tout autre autorité ».

Cette action admet aussi les dépenses faites dans une affaire du pupille, quoique cette affaire ait eu un succès contraire.

Car, « il suffit que le tuteur ait géré les affaires de son pupille avec soin et prudence, et on n'exige pas qu'il les ait gérées avec succès ».

X. Illud quæritur : « Quid ergo si plus in eum impendit quam est in facultatibus? videamus an possit hoc consequi? Et Labeo scribit, posse. Sic tamen accipiendum est, si expediat pupillo ita tutelam administrari : cæterum, si non expedit, dicendum est absolvi pupillum oportere. *Neque enim in hoc administrantur tutelæ, ut mergantur pupilli.* Judex igitur qui contrario judicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit, et an tutor ex officio sumptus fecerit ». *d. l.* 3.

XI. Denique generaliter hæc regula tenenda est, quidquid tutor directo judicio conventus reputaret, hoc in contrarium judicium venire.

Hinc Ulp. : « Præterea, si tutela judicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus utrum compensare, an petere velit sumptus ».

« Quid ergo si judex compensationis ejus rationem non habuit, an contrario judicio experiri possit? Et utique potest. Sed si reprobata est hæc reputatio, et adquievit, non debet judex contrario judicio id sarcire (1) ». *l.* 1. §. 4. *lib* 36. *ad ed.*

XII. Et hæc quidem de his omnibus quæ in tutelam tutor impendit. Enimvero, ut « principalibus constitutionibus declaratur, sumptuum qui bona fide in tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet : nisi ab eo (2) qui eum dat, certum solatium (3) ei constitutum sit ». *l.* 33. §. 3. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Callist. *lib.* 4. *de cognit.*

Item, « si pupillis tutores pater dedit, inter quos et libertum suum, perque eum voluerit tutelam administrari, et tutores certam summam ei statuerunt, quia aliter se exhibere non poterat : habendam ejus rationem quod statutum est, Mela existimat ». *l.* 1. §. 6. *ff.* 27. 3. *de tut. et rat. distrah.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Ergo et si ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor (4), eique alimenta statuerint contutores; debebit eorum ratio haberi, quia justa causa est præstandi ». *d. l.* 1. §. 7. *ibid.*

XIII. « An in hoc judicio non tantum quæ pro pupillo vel

(1) Obstat enim hoc casu exceptio *rei judicatæ*. Secus quum judex non tam hanc reputationem reprobavit, quam super ea statuere omisit. Vid. *tit.* 1. *de re judicat.* infra, *lib.* 42.

(2) Testatore scilicet, vel prætore.

(3) *Salarium.*

(4) Sæpe libertus *propter notitiam* quam habebat patrimonii patroni, tutor ejus liberis creabatur.

X. On demande « ce qu'il faut dire, dans le cas où le tuteur a dépensé plus que les facultés de son pupille ne lui permettaient. Voyons ce qu'il en résulte. Labéon dit qu'il le pouvait; ce qui s'entend toutefois du cas où le pupille avait intérêt à ce que l'affaire fût ainsi faite; car, dans le cas contraire, il doit être déchargé de ces dépenses, parce que la tutelle d'un pupille ne doit pas être administrée, d'après un mode de gestion ruineux pour lui. Le juge qui connaît de l'action contraire, doit donc considérer l'utilité du pupille, et si son tuteur a fait ce qu'il devait faire comme tel ».

XI. Il faut enfin observer comme règle générale, que l'action contraire contient tout ce que le tuteur aurait pu porter en compte sur l'action directe.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Le tuteur contre qui l'action de la tutelle a été intentée, peut porter en compte ce qu'il a dépensé pour les affaires de son pupille, et il a le choix de le demander ou d'en opposer la compensation ».

« Que faut-il donc dire si le juge a rejeté la compensation ? Le tuteur pourra-t-il encore exercer l'action contraire ? Il le pourra certainement; mais si cette compensation ayant été rejetée, il a acquiescé au rejet, le juge ne devra pas l'écouter sur l'action contraire (1) ».

XII. Voilà tout ce qu'il y avait à dire sur les dépenses du tuteur, pour l'administration de sa tutelle. En effet, « il est décidé par les constitutions des princes, qu'on doit passer en compte au tuteur tout ce qu'il a dépensé de bonne foi pour la tutelle, et non pour lui-même, à moins que celui qui l'a donné (2) ne lui ait fixé une somme pour lui tenir lieu de tout salaire (3) ».

« Si un père a donné plusieurs tuteurs à ses enfans, que l'un deux soit son affranchi; qu'il ait voulu que la tutelle soit administrée par ce dernier, et que les autres lui aient fixé à cet effet une somme, parce qu'autrement, il n'aurait pas pu administrer la tutelle, suivant Mela, il faut lui passer cette somme dans les comptes ».

« Si donc cet affranchi a été donné pour tuteur après examen, comme connaissant la chose (4), et que ses cotuteurs lui aient accordé des alimens, il faudra les lui passer en compte, le motif qui doit les lui faire accorder étant juste et fondé à tous égards ».

XIII. « On demande si cette action comprend non-seulement

(1) L'exception de la chose jugée s'y oppose dans ce cas. Il en serait autrement si le juge avait plutôt omis de statuer sur cette action, qu'il ne l'aurait rejetée. Voy. *tit. de la chose jugée*, ci-après, *liv.* 44.

(2) Le testateur ou le préteur.

(3) Au lieu de *solatium*, il faut lire *salarium*.

(4) Souvent un affranchi était donné pour tuteur aux enfans de son patron, à cause de la connaissance qu'il avait de ses biens.

in rem ejus impensa sunt, veniant; verum etiam ea quoque quæ debebantur alias tutori, (ut puta a patre pupilli si quid debitum fuit) quæritur? Et magis puto quum integra sit actio tutori, non esse in contrarium judicium deducendum ». *l.* 1. §. 5. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Quid tamen si ideo expectavit quia tutor erat, et ideo non exegit? videamus an contrario judicio tutelæ, indemnitatem consequatur? Quod magis probandum est. Nam sicuti quodcumque aliud gessit pro utilitate pupilli, id contrario judicio consequetur; ita etiam id quod sibi debetur consequi debet, vel ejus securitatem ». *d. l.* 1. §. 6.

« Ergo et si ex causa quæ tempore finitur, obligatio aliqua fuit, tutelæ contrarium judicium esse ei opinor ». *d. l.* 1. §. 7.

XIV. Hactenus vidimus quæ pecunia tutori principaliter reputetur necne. « Consequitur autem pecuniam si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris; sed vel trientibus, vel his quæ in regione observantur, vel his quibus mutuatus est (si necesse habuit mutuari ut pupillo ex justa causa prorogaret), vel his a quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, si nimirum profuit pupillo pecuniam esse exsolutam ». *l.* 3. §. 1. *v. consequitur.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Plane si forte tutor aliquid pecuniæ debuit fœnerare, aliquid ipse pro pupillo solvit, nec ipse usuras consequitur (1), nec pupillo præstabit ». *l.* 3. §. 2.

« Quare et si in usus suos convertit, deinde aliquid impendit in rem pupillarem; quantum impendit, desinit vertisse et exinde usuras non præstabit. Et si ante impendit in rem pupillarem, mox in usus suos vertit, non videbitur vertisse quantitatem quæ concurrit cum quantitate sibi debita, ut ejus summæ non præstet usuras ». *d. l.* 3. §. 3.

At vero « usuras utrum tandiu consequetur tutor, quandiu tutor est, an etiam post finitam tutelam videamus? An ex mora tantum? Et magis et ut quoad ei reddatur pecunia, consequatur: nec enim debet ei sterilis esse pecunia ». *d. l.* 3. §. 4.

« Si tamen fuit in substantia pupilli unde consequetur, dicendum est non oportere eum usuras a pupillo exigere ». *d. l.* 3. §. 5.

---

(1) Nimirum usuræ quas consequi potuisset pecuniæ suæ quam pro pupillo impendit, pensabuntur cum usuris pecuniæ pupilli quam otiosam habuit.

ce que le tuteur a dépensé pour son pupille ou pour ses affaires, mais encore ce qui lui serait dû d'ailleurs, comme, par exemple, ce que lui aurait dû le père de son pupille; mais, suivant moi, l'action du tuteur, à cet égard, restant entière, cette dette ne doit pas entrer dans l'action contraire ».

« Cependant que faudrait-il dire si le tuteur avait différé de se la rembourser parce qu'il était tuteur? Voyons s'il ne devrait pas l'être sur l'action contraire de la tutelle? Ce sentiment est en effet le plus raisonnable; car de même qu'il pourrait obtenir sur cette action l'indemnité de tout ce qu'il aurait utilement fait pour son pupille sur l'action contraire de sa tutelle, de même aussi il doit obtenir, par cette dernière action, ce qui lui était dû, ou du moins des sûretés à cet égard ».

« Je pense donc qu'il aurait l'action contraire de la tutelle pour cette créance quand elle serait périmée par le laps de tems égal ».

XIV. Jusqu'ici nous avons vu quelles sommes pouvaient ou ne pouvaient pas principalement être passées en compte au tuteur. « Mais on lui alloue aussi les sommes qu'il a avancées de ses deniers avec les intérêts, soit à trois pour cent, soit au taux d'usage dans le pays, ou au taux auquel il a emprunté, s'il a un juste motif d'emprunter pour son pupille; il obtiendra aussi les intérêts dont il a libéré son pupille, ou enfin ceux dont il a été privé lui-même, s'il a été utile à son pupille de payer les dettes qui ont été acquittées de cette manière ».

« Mais si un tuteur a dû placer une somme d'argent à intérêts, et qu'il en ait payé une dette de son pupille, il n'en recevra point les intérêts (1), et il ne les payera point à son pupille ».

« C'est pourquoi s'il a employé des deniers de son pupille dans ses affaires, et qu'il ait ensuite dépensé pour lui une somme, la première cesse d'avoir été employée dans ses affaires, et il n'en devra point les intérêts; comme s'il a commencé par dépenser pour son pupille, et ensuite converti une somme égale à son usage, n'étant plus alors censé avoir profité de cette dernière somme qu'il aura compensée avec celle qui lui était due, et il n'en paiera point les intérêts ».

« Mais le tuteur obtiendra-t-il ces intérêts seulement pendant la durée de sa tutelle, ou courreront-ils encore après son expiration, ou courreront-ils seulement depuis la demeure? Le plus raisonnable est de croire qu'ils courreront jusqu'à ce qu'ils soient remboursés, parce que son argent ne doit pas demeurer stérile ».

« Si cependant il a pu se rembourser des sommes qu'il avait à son pupille, il faut dire qu'il ne pourra pas exiger les intérêts de celles qu'il avait avancées pour lui ».

---

(1) C'est-à-dire, les intérêts qu'il aurait pu obtenir d'une somme payée pour son pupille, seront compensés avec ceux d'une pareille somme de deniers pupillaires qu'il a laissés oisifs.

« Quid ergo si de re pupillari non potuit sibi solvere, quia erat deposita ad prædiorum comparationem? Si quidem non postulavit a prætore ut promatur pecunia, vel hoc minus deponatur, sibi imputet. Si vero hoc desideravit, nec impetravit, dicendum est non deperire ei usuras in contrario judicio ». *d. l.* 3 §. 6.

XV. Circa ea quæ in hoc judicio veniunt, unum adhuc quæritur. Videlicet contrarium judicium an ad hoc quoque competat, ut quis a pupillo exigat liberationem, videndum est? Et nemo dixit in hoc agere quem contrario posse, ut tutelæ judicio liberetur; sed tantum de his quæ ei propter tutelam absunt ». *d. l.* 3. §. 1.

ARTICULUS II.

De contraria utili curationis causa *actione.*

XVI. « Sed et si curator sit vel pupilli, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, dicendum est etiam his contrarium dandum. Idem in curatore quoque ventris probandum est. Quæ sententia Sabini fuit existimantis, cæteris quoque curatoribus, ex iisdem causis dandum contrarium judicium ». *l.* 1. §. 2. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

TITULUS V.

De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

Ab actionibus *tutelæ* transeunt Pandectarum ordinatores ad actiones *protutelæ* tam directam quam contrariam. Quarum tractationi vicinam adjungemus quæstionem : an, et quæ actiones dentur ex administratione tutoris dati posthumo qui natus non est?

ARTICULUS I.

De actione protutelæ *directa.*

I. *Protutelæ* actionem necessario prætor proposuit. Nam quia plerumque incertum est utrum quis tutor, an vero quasi-tutor pro tutore administraverit tutelam; idcirco in utrumque casum actionem scripsit : ut, sive tutor est, sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit utrum quis tutor fuerit et sic gesserit; an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Circa hanc actionem quærendum : 1°. quo casu huic locus sit; 2°. quatenus teneantur plures qui pro tutoribus gesserunt; 3°. quando moveri possit hæc actio, et quæ in ea veniat; 4°. an habeat privilegium.

« Que faut-il donc dire s'il n'a pas pu se rembourser des deniers de son pupille, parce qu'ils étaient déposés pour être employés en acquisitions? Il devra alors s'imputer de ne s'être point fait autoriser par le préteur à retirer en partie le dépôt, ou à le diminuer; mais, s'il l'a inutilement demandé, il faudra dire que ses intérêts lui sont dus sur l'action contraire ».

XV. On fait encore une question sur ce qui entre dans cette action. On demande, dis-je, « si un tuteur a l'action contraire de la tutelle pour se faire libérer par son pupille; mais on n'a jamais dit qu'un tuteur dût intenter l'action contraire de la tutelle pour se faire libérer de l'action directe, et cette action n'a lieu que pour répéter ce qu'il a avancé pour l'administration de cette même tutelle ».

ARTICLE II.

De l'action contraire utile de la curatelle.

XVI. « Il faut aussi donner une action contraire au curateur d'un pupille ou d'un adulte, d'un fou ou d'un prodigue. Il en est de même du curateur donné au ventre. Telle est d'ailleurs l'opinion de Sabinus, suivant lequel on devait donner une action contraire aux curateurs comme aux tuteurs, et dans les mêmes cas ».

TITRE V.

De celui qui a géré comme tuteur ou curateur subrogé.

Les rédacteurs des Pandectes passent des actions de la tutelle aux actions, tant directe que contraire, de la tutelle subrogée. Après en avoir traité nous agiterons, à cause du rapport qu'elle a avec ses actions, la question de savoir si l'on accorde des actions, et quelles sont celles qu'on donne au tuteur d'un posthume, qui n'est pas né, à raison de son administration.

ARTICLE I.

De l'action directe de la tutelle subrogée.

I. « Le préteur a nécessairement dû proposer l'action de la tutelle subrogée. Car, comme on ne sait pas souvent d'une manière certaine si celui qui a administré était ou n'était pas tuteur, il a donné pour l'un et l'autre cas une action contre celui qui a géré, soit qu'il fût ou ne fût pas tuteur, afin d'obvier aux difficultés qui se présentaient fréquemment et qui ne laissaient point aisément discerner si celui qui avait administré était tuteur ou ne l'était pas ».

Sur cette action nous examinerons, 1°. en quel cas elle a lieu; 2°. jusqu'à quel point sont passibles plusieurs personnes qui ont géré comme tuteurs; 3°. quand cette action peut être exercée, et ce qui y entre; 4°. si elle emporte privilége.

§. I. *Quibus casibus huic actioni locus sit?*

II. Ut *protutelæ* actioni locus sit, hæc duo concurrere oportet: ut impuberis negotia gesta sint, et ut ab eo qui se pro tutore gerebat.

1°. Oportet ut impuberis negotia gesta sint. Nam « si quis quasi tutor negotia gesserit ejus qui jam pubes est, neque tutorem habere potest, protutelæ actio cessat. Simili modo et si ejus qui nondum natus est. Nam ut pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet cujus ætas recipiat tutorem, id est, impuberem esse oportet. Sed erit negotiorum gestorum actio ». *l.* 1. §. 6. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

2°. Oportet ut is gesserit qui se pro tutore gerebat. Secus, si alio titulo gesserit.

V. G. « si curator impuberi a prætore datus, negotia gesserit; an, quasi pro tutore gesserit, teneatur, quæritur? Et est verius cessare hanc actionem, quia officio curatoris functus (1) est. Si quis tamen, quum tutor non esset, compulsus a prætore vel a præside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam, videndum an pro tutore teneatur? Et magis est ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat qui animo tutoris gessit quum tutor non esset. At iste curator, non quasi tutor, sed quasi curator gessit ». *d. l.* 1. §. 7.

III. *Corollarium* ex dictis: « Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis; sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingat tamen esse ». *d. l.* 1. §. 1.

Sufficit autem quod se finxerit tutorem, quamvis sit hujus muneris incapax.

Unde hac actione « etiam mulieres, si res pupillares pro tutore administraverint, ad præstandam rationem tenentur ». *l.* 1. *cod. h. t.* 5. 45. Valer. et Gall.

« Proinde et si servus quasi tutor egerit, divus Severus rescripsit, dandum in dominum judicium (2) utile ». *sup. d. l.* 1. *ff.* §. 2.

Obiter observandum in hac actione *protutelæ*, quod « circa pupillum cujus tutor servus erat pronuntiatus, Divus Pius rescripsit, in rebus quas ex pecunia pupilli servus comparaverat, dominum non posse uti prærogativa deductionis. Quod et in curatore

(1) Sed tenebitur *utili negotiorum gestorum* actione, qua curatores tenentur.

(2) Actionem *protutelæ de peculio.*

§. I. *Dans quels cas cette action a lieu.*

II. Pour qu'il y ait lieu à l'action de la tutelle subrogée, il faut que la personne, dont les affaires ont été faites, soit impubère, et que celui qui les a faites ait géré comme tuteur.

1°. Il faut que ce soit les affaires d'un impubère qui aient été faites. Car « si quelqu'un a fait les affaires comme tuteur de celui qui, n'étant plus impubère, ne pouvait pas avoir de tuteur, l'action de la tutelle subrogée ne peut pas avoir lieu ». Il en est de même de celui qui a fait les affaires d'un enfant qui n'était pas né; car on ne peut être tuteur que de celui dont l'âge comporte un tuteur, c'est-à-dire que d'un impubère; mais celui-ci aura la gestion des affaires.

2°. Il faut que celui qui se portait pour tuteur soit le même que celui qui a fait les affaires; car il en serait autrement s'il les eût faites sous une autre qualité.

Par exemple, « si un curateur donné par un tuteur à un impubère, avait fait ses affaires, serait-il tenu comme s'il eût agi en qualité de tuteur? Le mieux est de décider négativement, parce qu'il a rempli les fonctions de curateur (1); si cependant n'étant point tuteur, il a géré la tutelle par ordre du préteur ou du président, ne sera-t-il point tenu comme tuteur, ayant agi comme tel? Le mieux est de dire que, bien qu'il ait agi par ordre, il doit cependant être passible de l'action, parce qu'il a agi comme tel, encore qu'il ne le fût pas; toutefois ce curateur a toujours géré comme curateur et non comme tuteur ».

III. « *Corollaire* de ce qui vient d'être dit; celui qui fait les fonctions de tuteur, dans les affaires d'un impubère, gère donc comme tuteur, soit qu'il pense l'être, ou qu'il agisse comme tel sachant qu'il ne l'est pas ».

Il suffit aussi qu'il ait agi comme tuteur, bien qu'il soit incapable de l'être.

C'est pourquoi, par rapport à cette action, une femme qui a administré comme tuteur les biens d'un pupille est tenue de lui en rendre compte ».

« L'empereur Sévère dit dans un rescrit, par la même raison, qu'on doit donner l'action utile (2) contre le maître d'un esclave qui a géré comme tuteur ».

Il faut observer, en passant sur cette action de la tutelle subrogée, que « l'empereur Antonin a dit dans un rescrit, par rapport à un pupille à qui un esclave avait été donné pour tuteur, que le maître de cet esclave ne devait point avoir le privilége de la déduc-

(1) Mais il sera tenu de l'action utile de la gestion des affaires dont sont tenus les curateurs.

(2) L'action de la tutelle subrogée sur le pécule de l'esclave.

observandum est ». *l.* 11. *ff.* 26. 7. *de admin et peric. tut.* Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Pro tutore gerere videtur, non solum is qui nunquam fuit tutor, sed et is qui, quum tutor esse desierit, adhuc se fingit tutorem.

« Quare, si quis finita (1) tutela, pro tutore negotia impuberis gessit, tenebitur ». *l.* 1. §. 4. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Sed et si prius pro tutore administraverit, deinde quasi-tutor; æque tenebitur ex eo quod pro tutore administravit, quamvis devolvatur hic gestus in tutelæ actionem (2) ». *d. l.* 1. §. 5.

IV. Quæro an is qui, quum tutor testamento datus esset et id ipsum ignoraret, pro tutore negotia pupilli gesserit quasi-tutor, an, quasi pro tutore negotia gesserit, teneatur? Respondit: Non puto teneri quasi-tutorem; quia scire quoque se tutorem esse debet, ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat ». *l.* 3. Javol. *lib.* 5. epist.

§. II. *Quum plures pro tutore gesserunt, quatenus quisque teneatur?*

V. Curatores testamento vel tutores inutiliter dati, neque decreto prætoris confirmati, negotia gesserunt. Vice mutua periculum præstare coguntur; quum officium sponte supra juris adminiculum iniverint, et qui fuit idoneus (3), decretum prætoris curatores vel tutores constituentis implorare debuerit (4) ». *l.* 39. §. 9. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Pap. *lib.* 5. resp.

§. III. *Quando actio* protutelæ *moveri possit, et quæ in ea veniant?*

VI. Hæc actio quandocumque competit. Igitur « cum eo qui pro tutore negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse nulla dubitatio est; quia tutor non est ». *l.* 1. §. 3. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Similiter Paulus: « cum curatore (5) et protutore, etiam manente administratione, agi potest ». *l.* 26. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 24. *ad ed.*

---

(1) Puta, ad diem datus erat.

(2) Duabus igitur eo nomine actionibus tenebitur, et *protutelæ* et *tutelæ*, quod postea tutor factus a se non exegerit.

(3) Id est, qui fuit solvendo.

(4) Sibi scilicet imputare debet, quod cum eis qui non erant solvendo administrationem susceperit, nec adiverit prætorem qui minus idoneos rejecisset, et his duntaxat qui idonei erant dedisset tutelam.

(5) Hoc quomodo de curatore accipiatur, vid. supra *tit.* 3. *de tutel. et rat. dist. sect.* 3. §. 1. in notis.

tion pour les acquisitions faites par cet esclave, des deniers du pupille ; ce qui est pareillement applicable à l'esclave donné pour curateur ».

On répute avoir géré comme tuteur, non-seulement celui qui ne fut jamais tuteur, mais celui qui l'étant avait refusé d'administrer, et ensuite a agi comme tel.

« C'est pourquoi si quelqu'un a geré les affaires d'un impubère comme tuteur, lorsqu'il ne l'était pas (1), il sera passible de cette action ».

« Et quoiqu'il ait d'abord administré comme tuteur, et ensuite comme curateur, il sera tenu de son administration comme tuteur, même depuis qu'il était curateur (2) ».

IV. « On demandait si celui qui avait été donné comme tuteur par testament, ayant géré les affaires du pupille comme son tuteur, sans savoir qu'il l'était, est passible de l'action comme l'ayant été. J'ai répondu que, suivant moi, il ne paraissait point devoir en être tenu comme tuteur, parce qu'il faut savoir qu'on est tuteur pour avoir l'intention de gérer comme tel ».

§. II. *Jusques à quel point, lorsque plusieurs personnes ont agi comme tuteurs, chacune d'elles est tenue de sa gestion.*

V. « Si des curateurs donnés par testament, ou des tuteurs illégalement donnés et non confirmés par décret du préteur, ont géré la tutelle ou la curatelle. Ils sont respectivement responsables des risques, parce qu'ils ont géré sans droit, et que le plus solvable (3) devait s'adresser au préteur pour faire donner d'autres tuteurs ou curateurs (4) ».

§. III. *Quand l'action de la tutelle subrogée a lieu, et ce qui y entre.*

VI. Cette action a lieu en tout tems ; ainsi, « il est hors de doute qu'on peut actioner celui qui agit comme tuteur, avant la majorité du pupille, parce qu'il ne l'était pas ».

Paul dit également « On peut actionner un curateur (5), ou un tuteur subrogé, même avant la fin de son administration ».

---

(1) Par exemple, s'il était donné pour un tems.

(2) Il sera donc soumis aux deux actions à ce titre, c'est-à-dire, à l'action de la tutelle subrogée, et ensuite à celle de la tutelle pour ne s'être pas payé lui-même depuis qu'il est devenu tuteur.

(3) C'est-à-dire, celui d'entre eux qui était le plus solvable.

(4) Parce qu'il doit s'imputer de ne s'être pas pourvu par devant le préteur, qui aurait destitué ces tuteurs insolvables et aurait donné la tutelle à d'autres.

(5) Voyez ci-dessus le titre *des tutelles et des comptes frauduleusement rendus, etc.* §. 1 ; et dans les notes, comment cela doit s'entendre d'un curateur.

VII. « Sed utrum solummodo in id quod gessit tenebitur, an, vero in id etiam quod gerere debuit? Et, si quidem omnino non attingit tutelam, non tenebitur : neque enim attingere debuit, qui tutor non fuit. Quod si quædam gessit, videndum an etiam eorum quæ non gessit teneatur? Et hactenus tenebitur, si alius gesturus fuit ».

« Sed et si, cognito quod tutor non fuit, abstinuit se administratione, videamus an teneatur, si necessarios pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent? Quod verius est ». *sup. d. l.* 1. §. 9.

Circa ea autem quæ gessit is « qui pro tutore negotia gerit, eamdem fidem et diligentiam præstat, quam tutor præstaret ». *l.* 4. Pomp. *lib.* 16. *ad* Q. Mucium.

« In pro tutelæ judicio, usuræ quoque veniunt ». *d. l.* 1. §. 8.

§. IV. *De privilegio hujus actionis.*

VIII. « Non solum tutelæ privilegium datur in bonis tutoris; sed etiam ejus qui pro tutela negotium gessit; vel ex curatione pupilli pupillæve, furiosi furiosæve debebitur, si eo nomine cautum non sit ». *l. fin. ff.* 27. 3. *de tut. et rat. distr.* Hermog. *lib.* 5. juris epitom.

ARTICULUS II.

De contraria actione protutelæ.

IX. « Ei qui pro tutore negotia gessit, contrarium judicium competit ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 10. *ad ed.*

Et quidem ad exemplum contrariæ actionis *tutelæ*, de qua ita Ulpianus : « Hæc actio non solum tutori, verum etiam ei qui pro tutore negotia gessit, competere debet ». *l.* 1. §. 1. *ff.* 27. 4. *de contr. tut. act. lib.* 36. *ad ed.*

In hoc autem differt ab actione *tutelæ* contraria, quod hæc finita demum tutela datur. « Sed si pro tutore negotia gessit, vel etiam curam administravit, locus erit judicio etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit ». *d. l.* 1. §. 3. *ff. ibid. v. sed si pro.*

ARTICULUS III.

Cui actioni locus sit ex gestu tutoris posthumo dati?

X. « Testamento datus posthumo tutor, nondum est tutor, nisi posthumus edatur; datur tamen adversus (1) substituto pupilli (2)

(1) Qui tutor scriptus erat posthumo, et, donec nasci speraretur, negotia hereditaria gessit.

(2) Id est, ei qui posthumo substitutus est.

VII. « Mais sera-t-il tenu seulement de ce qu'il a fait, ou sera-t-il tenu aussi de ce qu'il aura dû faire? S'il ne s'est point immiscé dans la tutelle, il ne sera tenu de rien, comme n'ayant pas dû s'y immiscer n'étant pas tuteur. Mais s'il a fait quelque chose, il faut examiner s'il sera tenu de ce qu'il n'a pas fait, et il n'en sera tenu qu'autant que tout autre à sa place dût le faire ».

« Et si ayant su qu'il n'était pas tuteur, il a encore administré la tutelle, il faut aussi examiner s'il en sera tenu, à défaut par lui d'avoir averti les parens du pupille de lui faire donner des tuteurs; et le mieux est de le décider ainsi ».

Par rapport à ce qu'a fait « celui qui a géré comme tuteur, il a dû le faire avec la même fidélité et les mêmes soins que s'il eût été tuteur ».

« Les intérêts entrent aussi dans l'action de la tutelle subrogée ».

§. IV. *Du privilége de cette action.*

VIII. « Non-seulement le privilége de la tutelle est donné sur les biens du tuteur, mais encore sur ceux de celui qui a géré comme tuteur ou comme curateur d'un pupille ou d'une pupille, d'un fou ou d'une folle, si ce gérant n'a pas donné caution à cet égard ».

ARTICLE II.

De l'action contraire de la tutelle subrogée.

IX. « L'action contraire est donnée à celui qui a géré pour le tuteur ».

Et même à l'instar de l'action contraire de la tutelle, sur laquelle Ulpien dit : « Cette action doit être accordée non-seulement au tuteur, mais encore à celui qui a géré les affaires comme tuteur subrogé ».

Mais cette action diffère de l'action contraire de la tutelle, en ce que celle-ci n'est donnée qu'après la tutelle, « au lieu que l'autre est donnée à celui qui a fait les affaires comme tuteur, ou même comme curateur, dès qu'il les a faites, parce qu'on peut aussi dès-lors l'intenter contre lui ».

ARTICLE III.

Quelle est l'action qui a lieu pour la gestion du tuteur donné à un posthume.

X. « Le tuteur donné par testament à un posthume, ne l'est qu'à la naissance du posthume; cependant il y a lieu contre lui (1), de la part de l'héritier substitué au pupille (2), à l'action de la ges-

(1) Celui qui avait été donné pour tuteur au posthume et qui avait commencé à administrer la succession avant qu'il fût né.

(2) C'est-à-dire, de celui qui était substitué au posthume.

negotiorum gestorum actio (1). Sed si partus editus fuerit, deinde hic tutor, priusquam quicquam gereret (2), remotus a tutela fuerit : et hic eadem actione (3) tenebitur. Si quid plane gessit post editum partum, de eo quoque, quod ante gessit, tutelæ judicio tenebitur (4), et omnis administratio in hac actione veniet ». *l.* 19. *v.* 2. *ff.* 26. 2. *de testam. tutel.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Hoc autem non de directa *negotiorum gestorum* actione accipe, sed de utili.

Ita enim Paulus : « Posthumo tutor datus, non dato posthumo, neque, *tutelæ*, quia nullus pupillus est ; neque *pro tutore*, quia nulla significatio (5) est ; neque *negotiorum gestorum* judicio tenetur, quia administrasse negotia ejus, qui natus non esset, non videtur : et ideo *utilis* in eum actio dabitur ». *l.* 24. *ff.* 27. 3. *de tutel. et rat. dist.* Paul. *lib.* 2. sent.

TITULUS VII.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

I. Quum egissent superiore titulo Pandectarum ordinatores de actionibus *protutelæ*, quæ ex administratione falsorum tutorum nascuntur, hinc ansam arripiunt agendi in hoc titulo de iis quæ ab istis falsis tutoribus aut iis auctoribus gesta sunt.

Quis autem falsus tutor? « Paulus respondit, falsum tutorem eum vere dici, qui tutor non est, sive habenti tutor datus est, sive non : sicut falsum testamentum, quod testamentum non est ; et modius iniquus, qui modius non est ». *l.* 221. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Paul. *lib.* 10. *resp.*

Videndum : 1°. de inutilitate gestorum a falso tutore ; 2°. de edicto circa hæc gesta.

SECTIO I.

De inutilitate eorum quæ a falso tutore gesta sunt.

II. Gesta a falso tutore, qui se pro tutore gerebat, nullius sunt roboris.

---

(1) Gesserat antequam posthumus natus esset : adeoque antequam tutela ejus potuisset esse delata. Ex quo autem natus est posthumus, nihil gessit donec a tutela remotus sit.

(2) *Negotiorum gestorum.*

(3) Ratio est, quia edito partu jam tutor factus, debuit a se exigere quod ex præcedenti sua administratione debebat.

(4) Scilicet si posthumus non nascatur.

(5) Nulla umbra tutelæ, quum desit subjectum cujus tutela geri potuerit.

tion des affaires (1). Mais si l'enfant est né, et que son tuteur ait été destitué avant d'avoir rien fait comme tel (2), ce tuteur sera soumis à la même action (3); s'il a fait quelqu'affaire depuis la naissance de l'enfant, il sera également passible de l'action de la tutelle pour ce qu'il aura fait (4), et cette action comprendra toute son administration ».

Ce qui s'entend de l'action utile et non de l'action de la tutelle.

Car Paul dit : « Le tuteur donné à un posthume n'est passible ni de l'action de la tutelle, ni de l'action de la tutelle subrogée, si le posthume n'est pas né, parce qu'il n'a ni pupille ni tutelle (5); il n'est également point soumis à l'action de la gestion des affaires, comme ne pouvant être censé avoir fait les affaires de quelqu'un qui n'existait pas. C'est pourquoi on donne contre lui une action utile ».

TITRE VI.

De ce qui a été fait par l'autorisation d'un faux tuteur.

I. Les rédacteurs des Pandectes ayant traité dans le titre précédentdes actions de la tutelle subrogée, lesquelles dérivent de l'administration des faux tuteurs, en prennent occasion de traiter dans celui-ci de ce qui a été fait par ces faux tuteurs eux-mêmes, ou par leur autorisation.

Mais qu'entend-on par un faux tuteur? « Paul répond à cette question qu'un faux tuteur, proprement dit, est celui qui n'est point tuteur, soit qu'il ait été donné comme tuteur à celui qui en avait déjà un, ou qui n'en avait point; comme un faux testament est un acte qui n'est point testament, ou comme une fausse mesure ne constitue point une mesure ».

Nous allons examiner, 1°. la nullité de ce qui a été fait par un faux tuteur; et 2°. expliquer l'édit sur cette matière.

SECTION I.

De la nullité de ce qui a été fait par un faux tuteur.

II. Tout ce qu'a fait un faux tuteur comme tuteur est nul.

---

(1) Car il avait géré avant la naissance du posthume, et par conséquent avant que la tutelle pût lui être déférée; mais n'avait rien fait avant la naissance du posthume et sa destitution.

(2) Dans ses affaires.

(3) La raison en est qu'étant devenu tuteur par la naissance de l'enfant, il a dû se payer à lui-même ce qu'il devait à raison de son administration précédente.

(4) Si l'enfant n'est pas né.

(5) Il n'y a point de tutelle puisqu'il n'y a personne dont il puisse gérer la tutelle.

Hinc, « si is, qui pro tutore negotia gerebat (quum tutor non esset), rem pupilli vendidit, nec ea usucapta (1) est : petet eam pupillus, quanquam ei cautum (2) est. Non enim eadem hujus quæ tutoris est, rerum pupilli administratio ». *l.* 2. *ff.* 27. 5. *de eo qui pro tutor*. Celsus, *lib.* 25. *dig.*

Hoc multo magis obtinebit, si protutor ille non sit solvendo.

Hinc Scævola : « A matre datus testamento tutor, quum putaret se tutorem esse, distraxit bona materna et paterna pupillorum et decessit non solvendo (3) : quæritur an pupillus res possit vindicare? Respondi, si manent res pupilli, vindicari ab eo posse ». *l.* 47. §. 3. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut. lib.* 2. *resp.*

Simili ratione falsus tutor actiones pupilli in judicium non deducit, ut rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Non utiliter nominatus tutor, pupillorum nomine agendo, licet ex eorum persona injunctas impleat intentiones, exceptione, *si non tutor est*, summovetur ». *l.* 2. *cod.* 5. *de eo qui pro tutor.*

Inutiliter etiam falsus tutor pupillo contrahenti aut agenti auctoritatem commodat; ut ex infra dicendis liquebit.

SECTIO II.

De edicto prætoris circa gesta falso tutore auctore.

III. « Hujus edicti æquitas non est ambigua : ne contrahentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

Verba autem edicti (*d. l.* 1. §. 1. 5.) : « *Quod eo auctore, qui « tutor non fuerit* (gestum erit)..... *Si id actor ignoravit, dabo « in integrum restitutionem* ».

Novissime prætor ait : « *In eum qui, quum tutor non esset, » dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo : ut quanti » ea res erit* (in), *tantam pecuniam condemnetur* ». *l.* 7. Ulp. *ibid.*

Videndum circa hoc edictum, quando huic locus sit; deinde cui et adversus quem actio ex hoc edicto competat, et ad quid detur; nec non de actione *utili*, quæ ad hujus instar datur.

---

(1) Potuit enim usucapi, postquam pupillus pupillarem ætatem excessit.

(2) Per cautionem *rem pupilli salvam fore.*

(3) Idem tamen juris obtineret, et si solvendo decessisset.

Cest pourquoi « si celui qui n'étant pas tuteur, gérait les affaires comme tuteur, a vendu une propriété du pupille, et que l'usucapion n'en ait pas été acquise (1), le pupille pourra la réclamer quoiqu'on lui en ait donné caution (2); car autre chose est l'administration des biens du tuteur et celle des biens du pupille ».

Il en sera ainsi encore à plus forte raison si ce faux tuteur est insolvable.

C'est pourquoi Scævola dit : « Un tuteur qui avait été donné à un pupille par le testament de sa mère, avait vendu des biens paternels et maternels, et était mort insolvable (3); on demandait si le pupille pouvait les revendiquer. J'ai répondu que si les choses vendues étaient encore encore entières, il pouvait les revendiquer ».

Par la même raison un faux tuteur ne peut pas poursuivre en justice les créances de son pupille, comme le disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit : « Un tuteur dont la nomination est nulle, ne peut pas agir au nom de ses pupilles, et quoiqu'il agisse en leur nom et d'après leurs intentions il est repoussé par l'exception tirée de ce qu'il n'est pas tuteur ».

Un faux tuteur ne peut pas non plus autoriser son pupille à contracter, comme on le verra ci-après.

SECTION II.

De l'édit du préteur sur ce qui a été fait sous l'autorisation d'un faux tuteur.

III. « L'équité de cet édit est évidente, puisqu'il a pour objet d'empêcher que ceux qui contractent avec un pupille, autorisé par un faux tuteur, ne soit trompé ».

« Voici les termes de cet édit : « S'il a été fait quelque chose » sans l'autorisation d'un faux tuteur, et que celui qui a contracté » avec le pupille ait ignoré la qualité du tuteur; je lui accorderai » la restitution en entier ».

Le préteur a depuis ajouté : « Je donnerai action contre celui » qui, n'étant pas tuteur, aura, de mauvaise foi, autorisé un pu- » pille à contracter, et il sera condamné en raison de l'intérêt qu'a- » vait la partie adverse à n'être pas trompée ».

Nous examinerons, par rapport à cet édit quand il a lieu, à qui et contre qui est donnée l'action qui en résulte, et quel en est l'effet. Nous traiterons ensuite de l'action utile donnée à l'instar de celle qui dérive de ce même édit.

---

(1) Car l'usucapion a pu en être acquise depuis la majorité du pupille.

(2) La caution de conserver les biens du pupille.

(3) Il en serait encore de même quand il ne serait pas mort insolvable.

ARTICULUS I.

Quando huic edicto locus sit?

Ex verbis edicti, liquet tria potissimum requiri ut huic locus sit: 1°. eo auctore, qui tutor non fuerit, gestum esse; 2°. ut dolo auctoritatem suam accommodaverit; 3°. ut is, qui eo auctore cum pupillo contraxit, deceptus fuerit ignorans eum falsum tutorem esse.

§. 1. *Oportere gestum esse eo auctore qui tutor non fuerit.*

IV. « *Quod eo auctore* (inquit) *qui tutor non fuerit* ». *sup. d. l.* 1. §. 1.

Intelligitur autem tutor non fuisse, etiam is qui fuit quidem tutor, sed auctor esse non posset; quales sunt honorarii tutores. Hinc Ulpianus: « Verbis edicti multa desunt. Quid enim si fuit tutor, is tamen fuit qui auctoritatem accommodare non potuit? puta furiosus, vel ad aliam regionem datus ». *d. l.* 1. §. 2.

Multo magis protutor non videtur tutor. Unde « Pomponius scribit, etiamsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilominus hoc edictum locum habere; nisi forte prætor decrevit ratum se habiturum id quod his auctoribus gestum (1) est: tunc enim valebit per prætoris tuitionem, non ipso jure ». *d. l.* 1. §. 5.

Falsum tutorem intelligimus, non solum pupilli, sed etiam ejus qui in tutela esse non potest. « Sed et si quis filiæfamilias auctor factus sit ad contrahendum, tenetur ».

« Idemque juris est, si ancillæ quis tutore auctore credidisset. Nam omnibus istis modis propter tutorem decipitur is qui contraxit, qui aliter cum impubere contracturus non fuit, quam si tutoris auctoritas intercessisset ». *l.* 11. §. 2. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

V. « Item hoc edictum, licet singulariter scriptum sit, si tamen plures intervenerint qui tutores non erant, tamen locum habere debere Pomponius libro 30 scribit ». *sup. d. l* 1. §. 4.

Scilicet quum nemo ex his tutor erat. « Sed Pomponius libro 30 scribit, interdum quamvis a non tutore gestum est, non pertinere ad hanc partem edicti. Quid enim si duo tutores, alter falsus, alter verus, auctoritatem accommodaverint? nonne valebit quod gestum est? ». *d. l.* 1. §. 3.

(1) Id est, nisi prætor specialiter jussisset ut pupillus eo auctore contraheret, et decrevisset se hoc ratum habiturum. Et hic specialis casus est quo valet gestum falso tutore auctore.

ARTICLE I.

Quand il y a lieu à cet édit.

Il résulte des expressions de cet édit que, pour qu'il ait lieu, il faut, 1°. que la chose ait été faite sous l'autorisation du faux tuteur; 2°. qu'il l'ait donnée de mauvaise foi; 3°. que celui qui a contracté avec le pupille ait été trompé, et ait ignoré qu'il contractait sous l'autorisation d'un faux tuteur.

§. I. *Il faut que la chose ait été faite avec l'autorisation du faux tuteur.*

IV. « L'édit porte, ce qui a été fait sur l'autorisation d'un faux tuteur ».

« On entend par un faux tuteur celui même qui ayant été donné pour tuteur, ne pouvait cependant pas autoriser le pupille à contracter : tels sont les tuteurs honoraires ». C'est pourquoi Ulpien dit : « L'édit ne remplit pas entièrement son objet; que faudrait-il en effet dire si le tuteur était véritablement tuteur; mais n'avait pas le pouvoir d'autoriser le pupille, comme, par exemple, s'il était atteint de folie ou de démence, ou avait été donné pour les biens d'une autre province ».

Un tuteur subrogé est encore à plus forte raison un faux tuteur à cet égard. C'est pourquoi, « suivant Pomponius, l'édit a lieu quoique le pupille fût autorisé par le tuteur subrogé chargé de faire ses affaires; à moins que le préteur n'ait décrété que son autorisation sera suffisante (1), car alors le contrat serait valide en vertu de l'autorité du préteur, mais non en vertu du droit ».

Nous entendons par un faux tuteur, non-seulement le faux tuteur du pupille; mais encore le tuteur de la personne qui ne pourrait pas être en tutelle; « car si quelqu'un autorise une fille de famille à contracter, il sera tenu de l'édit ».

« Il en est de même en droit, si quelqu'un avait prêté à une fille esclave sous l'autorisation de son tuteur; parce que, dans tous ces cas, l'autorisation du tuteur trompe celui qui n'aurait point contracté avec un impubère, sans cette autorisation ».

V. Suivant Pomponius, quoique le chef de l'édit soit énoncé au singulier, il est cependant applicable à l'autorisation de plusieurs faux tuteurs ».

Ce qui s'entend du cas où ils seraient tous de faux tuteurs, « car suivant Pomponius, que quelquefois l'édit ne s'applique pas à une chose faite par l'autorisation d'un faux tuteur, c'est-à-dire par l'autorisation de deux tuteurs, dont l'un seulement est un faux tuteur; cas auquel la chose a été valablement faite ».

---

(1) C'est-à-dire, à moins que le préteur n'ait permis au pupille de contracter sans l'autorisation de ce subrogé tuteur, et spécialement déclaré qu'il confirmerait le contrat; auquel cas ce contrat serait valide, non en vertu du droit, mais en vertu de la déclaration du préteur.

§. II. *Oportere ut dolo malo auctor fuerit falsus tutor.*

VI. « Qui dolo malo auctoritatem accommodavit, tenebitur hoc edicto ». *sup. d. l.* 11. §. 1.

Igitur « non semper tutor convenitur, nec sufficit, si sciens auctor fuit; verum ita demùm si dolo malo auctor fuit. Quid si compulsus, aut metu ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit? Nonne debebit esse excusatus »? *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

Consonat quod « Julianus, libro 21 digestorum, tractat : an etiam in patrem debeat dari hæc actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit? Et magis probat patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit. Affectu enim propensiore, magis quam dolo malo id videri fecisse ». *l.* 11. §. 3. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

§. III. *Oportere ut is qui contraxit, deceptus fuerit, dum ignoraret falsum tutorem esse qui auctor esset.*

VII. « Ait prætor : *si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.* Scienti non subvenit. Merito : quoniam ipse se decepit ». *l.* 1. §. 6. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

« *Si id* (inquit) *actor ignoravit.* Labeo : et si dictum sit ei, et bona fide non crediderit ». *l.* 2. Paul. *lib.* 12. *ad ed.*

« Interdum tamen, etsi scientia noceat, tamen restitutio facienda erit, si a prætore compulsus est ad judicium accipiendum ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

Item « minori viginti-quinque annis succurretur (1), etiamsi scierit ». *l.* 4. Paul. *lib.* 12. *ad ed.*

« Plane si is sit, qui auxilio non indiget, scientia ei non nocet : ut puta, si pupillus cum pupillo egit. Nam quum nihil actum (2) sit, scientia non nocet ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

Hoc ita, quum pupillus sine tutore auctore? Hoc casu, « pu-

(1) Non ex hoc edicto, sed ex generali edicto *de minoribus;* ut recte censet Cujacius, quem vid. ad *h. l. comment.* in Pauli librum 12 *ad edict.*

(2) Si pupillus cum alio pupillo, cui falsus tutor auctor erat, ipse sine sui tutoris auctoritate contraxit; restitutione non indiget, *quum nihil actum sit*, nec potuerit obligari.

§. II. *Il faut que la mauvaise foi résulte de l'autorisation de ce faux tuteur.*

VI. « Celui qui aura autorisé de mauvaise foi sera tenu de cet édit ».

Ainsi, « le tuteur n'est pas toujours soumis à l'action qui naît de cet édit, et il ne suffit pas qu'il ait sciemment donné son autorisation, il faut qu'il l'ait donnée de mauvaise foi; car, qu'arriverait-il s'il avait été forcé à la donner, ou l'avait donnée par crainte d'y être forcé? Ne serait-il pas excusable dans ce cas ».

Ce qui est conforme à l'opinion de Julien, « qui, examinant si un père serait soumis à cet action pour avoir autorisé sa fille à se marier avant d'avoir atteint sa douzième année, pense que ce père serait excusable s'il avait eu de bonnes raisons pour autoriser ce mariage, parce qu'il serait plutôt censé avoir agi par affection pour sa fille, que par mauvaise foi ».

§. III. *Il faut que celui qui a contracté avec le pupille ait été trompé comme ignorant que ce pupille fût autorisé par un faux tuteur.*

VII. « Le préteur dit, *si la partie l'a ignoré, je lui accoderai le restitution en entier.* Il ne vient point au secours, et avec raison, de celui qui a contracté sciemment, parce que, s'il a été trompé, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même ».

Si, dit-il, la partie a été trompée. Labéon ajoute : et si, bien qu'on le lui ait déclaré, il a de bonne foi refusé de le croire.

« Quelquefois cependant, quoique celui qui a contracté sciemment doive s'en prendre à lui d'avoir été trompé, il obtient encore la restitution, comme s'il a été forcé par le préteur à recevoir jugeant ».

« On vient aussi au secours du mineur, âgé de moins de vingt-cinq ans (1), nonobstant la connaissance qu'il avait de la fausse qualité que prenait le tuteur ».

« Et si celui qui a contracté se trouve n'avoir pas besoin qu'on lui subvienne, on ne lui impute pas d'avoir su qu'il traitait sous l'autorisation d'un faux tuteur; comme, par exemple, si ce sont deux pupilles qui ont contracté, parce que leur contrat étant nul, il n'en peut résulter aucun préjudice pour celui qui aurait été trompé (2) ».

Il en est ainsi lorsqu'un pupille a contracté sans l'autorisation de son tuteur; mais s'il a contracté avec cette autorisation, on ne

(1) Non pas en vertu de cet édit, mais en vertu de l'édit général sur les mineurs, comme le pense avec raison Cujas. Voyez son commentaire sur cette loi, *in Pauli, lib.* 12. *ad ed.*

(2) Si un pupille a traité, sans autorisation de son tuteur, avec un autre pupille autorisé par un faux tuteur, il n'a pas besoin d'être restitué, puisque son contrat est nul et qu'il n'a pas pu s'obliger.

pilli scientia computanda non est; tutoris ejus computanda est (1); utique (2) et si pupillo cautum sit, melius dicitur suam restitui pupillo, quam incertum cautionis eventum eum spectare : quod et Julianus, si alias circumventus sit pupillus, respondit ». *l.* 6. Paul. *lib.* 12. *ad ed.*

ARTICULUS II.

Cui et adversus quem, et ad quid detur actio ex hoc edicto, nec non de actione utili quæ ex eodem edicto competit?

VIII. 1°. Actio ex hoc edicto datur ei qui cum pupillo inutiliter egit aut contraxit, adversus tutorem qui pupillo auctor fuit.

Et quidem « falsus tutor, qui in contrahendo auctor minori duodecim vel quatuordecim annis fuerit, tenebitur *in factum* actione, propter dolum malum; cujuscumque conditionis fuerit, vel sui juris, vel alicui ». *l.* 11. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

2°. « Si plures sint qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et cæteri liberantur, non electione ». *l.* 7. §. 4. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

Et ideo, si nihil, aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam actionem in id quod deest, Sabinus scribit ». *l.* 8. Paul. *lib.* 12. *ad ed.*

3°. « Has *in factum* actiones heredibus quidem competere, cæterisque successoribus, in eos vero non reddi, Labeo scribit, nec in ipsum, post annum : quoniam et factum puniunt, et in dolum concipiuntur (3). Et adversus eas personas, quæ alieno juri subjectæ sunt, noxales erunt ». *l.* 9. §. 1. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

IX. « Quod ait prætor, *quanti ea res erit*, magis puto non pœnam, sed veritatem his verbis contineri ». *sup. d. l.* 7. §. 2.

---

(1) Scilicet ut quamvis pupillus sciverit, nihilominus restituatur si tutor ejus ignoravit. Quod si tutor scivit, prima facie videtur pupillum non esse restituendum, si tutor ejus, qui eo nomine tenetur ei actione *tutelæ*, sit solvendo. Sed mox hanc sententiam emendat.

(2) Jam hic emendat quod dixerat, tutoris scientiam esse computandam. Imo (inquit) nec pupilli nec tutoris scientia obstabit, quominus pupillo succurratur; et quidem etiam eo casu quo cautum esset pupillo adversus tutorem qui solvendo esset.

(3) *Puniunt factum* falsi tutoris qui *dolo malo* auctoritatem suam interposuit : quod factum, est quædam delicti species. Ideo, quemadmodum et cæteræ actiones ex jurisdictione prætoris descendentes, nec dantur post annum in eum qui deliquit; et si servus sit, qui pro tutore se gesserit, *noxales erunt* sicut ex cæteris servorum delictis.

lui imputera pas la connaissance qu'il pouvait avoir de la fausse qualité de l'autre tuteur; mais on lui imputera celle qu'en avait son tuteur (1), et quand on aurait donné caution à ce pupille (2), il vaudrait encore mieux décider qu'il doit être restitué, que de le soumettre à l'événement incertain du cautionnement. Ainsi l'a décidé Julien dans le cas où le pupille a été trompé ».

ARTICLE II.

A qui, contre qui, et à quel effet est donnée l'action de cet édit, et de l'action utile qui naît aussi de cet édit.

VIII. 1°. L'action de cet édit est donnée à celui qui a nullement ou irrégulièrement contracté ou traité avec un pupille, contre le tuteur qui avait autorisé ce pupille.

Car « le faux tuteur qui a autorisé à contracter, un mineur de douze ou de quatorze ans, sera soumis à une action, *en fait*, à cause de sa mauvaise foi, de quelque condition qu'il soit, et encore qu'il fût maître de ses droits et actions, ou sous la puissance d'autrui ».

2°. « Si plusieurs tuteurs ont autorisé le pupille, l'un d'eux ayant payé, a libéré les autres; mais on ne peut opter entr'eux ».

C'est pourquoi Sabinus dit que si l'un n'a pas payé, ou n'a pas intégralement payé, il faut donner action contre les autres, pour ce qui n'a pas été payé ».

3°. « Suivant Labéon, ces actions en faits sont données aux héritiers et autres successeurs; mais non pas contre eux, et ne sont pas données contre le tuteur lui-même après un an, parce qu'elles ont pour but de punir un acte de mauvaise foi (3). Il dit aussi qu'on donnedes actions noxales contre les personnes qui sont sous la puissance d'autrui ».

IX. « Ce que dit le préteur *en raison de l'intérêt qu'avait, etc.* ne me paraît point exprimer une peine; mais seulement l'étendue de la condamnation ».

---

(1) C'est-à-dire, que quoique ce pupille ait su que le tuteur de l'autre était un faux tuteur, il sera restitué quoique le sien l'ignore; mais si ce dernier l'a su, il semble au premier abord que son pupille ne doit pas être restitué, dans le cas où son tuteur, passible envers lui de l'action de la tutelle, serait solvable; mais le jurisconsulte va bientôt changer d'avis.

(2) Il corrige déjà ce qu'il avait dit, qu'on imputerait au tuteur la connaissance du tuteur, puisqu'il dit que ni celle du tuteur, ni celle du pupille n'empêchera qu'on vienne au secours de ce dernier, même dans le cas où il aurait reçu caution contre le tuteur solvable.

(3) On punit le fait du faux tuteur qui a autorisé de mauvaise foi, et ce fait est une espèce de délit; c'est pourquoi ces actions ne seront pas données après l'année, non plus que celles qui procèdent de la juridiction prétoriale; et elles seront noxales si ce faux tuteur était un esclave, comme toutes celles qui naissent des délits des esclaves.

Nimirum, « si falso (1) tutore actum sit, et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset ». *l.* 10. Gaius, *lib.* 4. *ad ed. prov.*

« Pomponius, libro 30, recte, scribit, etiam sumptuum in hoc judicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo ». *l.* 7. §. 3. Ulp. *lib.* 12. *ad ed.*

X. « Hujus actionis exemplo Pomponius libro 31 scribit, dandam actionem (2) adversus eum qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius ». *l.* 9. *ibid.*

Alter casus est quo huic utili actioni locus est; de quo ita Ulpianus : « Ex eo quod interrogatus tutorem se esse respondit, nulla eum actione teneri : si tamen, quum tutor non esset, responso suo in aliquam captionem adolescentem induxit, utilem (3) actionem adversus eum dandam ». *l. fin. lib.* 1. *resp.*

TITULUS VII.

De fidejussoribus et nominatoribus, et heredibus tutorum et curatorum.

SUPRA expositum est quatenus tutores aut curatores ex administratione tutelæ aut curæ teneantur. Jam videndum quatenus teneantur eorum heredes nec non fidejussores et nominatores.

ARTICULUS I.

De heredibus tutorum et curatorum.

I. « *Tutelæ* actis tam heredibus, quam etiam contra successores competit ». *l.* 12. *cod.* 5. 51. *arbitr. tutel.* Diocletianus et Maximianus.

---

(1) Species legis hæc est : habebam actionem aliquam temporalem adversus pupillum ; vel pupillus rem meam possidebat. Egi cum illo falso tutore auctore : rem in judicium non deduxi ; et sic nihilominus exiit dies meæ actionis, nihilominus pupillus rem meam usucepit. Agam et hoc edicto adversus falsum tutorem qui me decepit, actione *in factum* ; in qua actione mihi incumbet onus probandi rem meam fuisse, aut mihi fuisse a pupillo debitum, perinde ac si cum pupillo vero tutore auctore egissem.

(2) *Utilem* scilicet. Directa enim competit adversus eum duntaxat, qui ipse dolo auctor fuit.

(3) Directa datur extraneo quem falsus tutor, dum se fingit tutorem, decepit. Hæc *utilis* ipsi pupillo datur, qui ipse ex tali fictione in captionem incidit : puta si, dum ille falso se respondet tutorem, is qui verus tutor fuit (et quem adolescens utiliter potuisset convenire, nisi esset falso alterius responso deceptus) postea facultatibus lapsus est.

C'est-à-dire que, « s'il a été fait quelque chose sous l'autorisation d'un faux tuteur (1), et que l'action se soit périmée, ou que l'usucapion ait été acquise, le pupille doit en supporter les pertes, comme s'il eût été autorisé par un véritable tuteur ».

« Pomponius dit, avec raison, que les dépenses à faire par le demandeur pour obtenir sa restitution, entrent aussi dans l'action dont il s'a it ».

« Suivant le même jurisconsulte, on doit me donner une action à l'instar de celle dont il est question (2) contre celui qui, de mauvaise foi, a fait autoriser le pupille avec qui j'ai contracté à son insu ».

Ulpien cite un autre cas, dans lequel cette action utile a lieu; « le tuteur, dit-il, n'est tenu d'aucune action pour avoir répondu qu'il était tuteur quand on l'interrogeait à cet égard; mais cependant, si cette réponse a induit en erreur, il faut donner contre lui une action utile (3) ».

TITRE VII.

Des fidéjusseurs ou garans des tuteurs et curateurs; de ceux qui les ont nommés, et de leurs héritiers.

Nous avons dit ci-dessus à quoi étaient tenus les tuteurs et curateurs pour l'administration de la tutelle ou de la curatelle, voyons maintenant à quoi sont tenus leurs garans, ceux qui les ont nommés et leurs héritiers.

ARTICLE I.

Des héritiers, des tuteurs et des curateurs.

I. « L'action de la tutelle est accordée, tant aux héritiers que contre les successeurs des tuteurs et des curateurs.

---

(1) Voici l'espèce de cette loi : j'avais une action à tems contre un pupille, ou un pupille possédait ma chose. J'ai agi contre lui sous l'autorisation de son faux tuteur. Je n'ai point mis la chose en jugement, et par conséquent mon action s'est périmée, et le pupille a acquis l'usucapion. J'actionnerai, en vertu de cet édit, le faux tuteur qui m'a trompé, par l'action en fait sur laquelle je devrai prouver ma propriété ou ma créance, comme si j'avais, dès l'origine, contracté avec un pupille autorisé par un véritable tuteur.

(2) C'est-à-dire, une action utile; car l'action directe n'a lieu que contre celui qui a autorisé de mauvaise foi.

(3) L'action directe est donnée à l'étranger trompé par celui qui s'est dit tuteur ne l'étant pas. Cette action utile est donnée au pupille lui-même qui a été trompé par cette imposture; par exemple si, pendant que celui-là se disait faussement tuteur, celui qui l'était et que le mineur pouvait actionner utilement, s'il n'eût pas été induit en erreur par le premier, est devenu insolvable.

Et alibi iidem Imperatores rescribunt : « Si pater tuus, quem privigni sui tutelam administrasse proponis, testamento recte facto, pupillo etiam quondam suo herede instituto, decessit : quoniam, nonnisi pro portione hereditaria, tutelæ petitionem confusione constet extingui; pro residua parte succedentem patri, tutelæ te convenit apud competentem judicem reddere rationem. Qui, secundum bonam fidem, eorum etiam, quæ patrem tuum in rem ejus erogasse dicis, admissa compensatione, reliqui, si quid amplius debetur, faciet condemnationem ». *l.* 3. *cod.* 5. 58. *de contr. jud. tut.*

II. Quænam autem venire dicemus in hac actione tutelæ adversus heredes tutoris ?

1°. « Quod penes tutorem fuit, heres quoque ejus reddere debet ».

« Quod apud pupillum is (1) reliquit, si heres capit, non quidem crimine caret : sed extra tutelam est, et utili (2) actione hoc reddere compellitur ». *l.* 1. §. 1. Pomp. *lib.* 17. *ad Sab.*

Nec solum de ipsa pecunia quæ penes tutorem fuit, heres tenetur : verum « usuras quoque ejus pecuniæ, quam pupillarem agitavit, præstare debet heres tutoris. Quantas autem, et cujus temporis usuras præstare debeat, ex bono et æquo constitui ab judice oportet ». *l.* 4. §. 2. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

III. Venit 2°. in actione tutelæ adversus heredem, ut exhibeat omnia inventaria et instrumenta pupillaria, ex quibus cognosci possit patrimonium pupilli.

Verum ea in re « alio jure est tutor, alio heres ejus. Tutor enim inventarium cæteraque instrumenta si non proferat, in litem jusjurandum adversus se potest admittere, At enim heres ejus ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibeat (3) ». *l.* 4. *cod.* 5. 53. *de in lit. jur.* Gord.

Similiter Antoninus : « Is qui rationem tutelæ seu curæ reposcit, invitus in litem jurare compelli non potest (4). Sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gra-

(1) Tutor.

(2) Non directa : hoc enim *extra tutelam* videtur.

(3) Nam non juratur *in litem* adversus aliquem, nisi propter dolum ipsius proprium. Vid. supra, *lib.* 12. *tit.* 3. *de in lit. jurand.* Dolus in ipso tutore præsumitur ex eo solo quod inventarium non exhibet; in herede vero non præsumitur, nisi probetur illud invenisse in hereditate.

(4) Nemo enim invitus in litem jurat. Vide supra *d. tit.* 3. *de in lit. jur. n.* 6.

Les mêmes Empereurs disent d'ailleurs, dans un rescrit : « Si votre père, que vous dites avoir administré la tutelle de son beau-fils est mort après avoir testé et institué son ci-devant pupille, comme il est constant que l'action de la tutelle n'est périmée que pour sa portion héréditaire, il convient que vous rendiez compte, relativement au surplus comme héritier de votre père, devant le juge qui en doit connaître, et qui vous condamnera dans sa justice, à rendre ce que votre père pourra devoir, toute compensation faite des dépenses qu'il a faites pour son pupille ».

II. Mais que doit comprendre cette action de la tutelle à intenter contre les héritiers du tuteur.

1°. « L'héritier du tuteur doit restituer ce qui était resté dans les mains de ce tuteur ».

« Si l'héritier de ce tuteur prend ce qu'il (1) avait laissé dans les mains du pupille, il ne sera pas exempt de faute; mais sa faute sera étrangère à l'action de la tutelle, et il y aura lieu à une action utile pour la lui faire réparer (2) ».

L'héritier n'est pas tenu seulement des sommes restées dans les mains du tuteur, « il en doit encore les intérêts pupillaires, mais c'est au juge à décider dans sa prudence, depuis quel tems et à quel taux il les doit ».

III. 2°. L'action de la tutelle comprend encore, par rapport à l'héritier du tuteur, l'obligation de remettre au pupille tous les inventaires et autres titres propres à lui faire connaître ses biens.

Mais à cet égard, « on ne procède point en droit par les mêmes voies contre le tuteur et contre son héritier ; car on admet le par les inventaires contre le tuteur qui est en demeure de remettre serment judiciaire et autres titres concernant les affaires de son pupille ; au lieu que son héritier n'est tenu qu'à rendre de bonne foi ceux qu'il a trouvés dans la succession (3) ».

Antonin dit également : « Celui qui demande compte de sa tutelle ou curatelle ne peut pas être forcé au serment judiciaire (4), et s'il veut le prêter, il ne doit y être admis qu'autant que son tuteur lui a, par mauvaise foi, et pour lui nuire, refusé pendant

(1) Le tuteur.

(2) Non à l'action directe, parce que cela est étranger à la tutelle.

(3) Car on ne peut prêter le serment judiciaire contre un individu, qu'à raison de son dol. Voyez ci-dessus *liv.* 12. *tit. du serment judiciaire.* On présume le dol dans le tuteur lui-même, quand il a omis de faire inventaire ; et on ne le présume dans son héritier, que quand il est prouvé qu'il l'a trouvé dans la succession.

(4) Parce que personne ne prête le serment judiciaire malgré lui. Voyez ci-dessus *d. tit. du serment judiciaire*, *n.* 6.

tia, exhibere non vult. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur : omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet. Quæ etiam argumentis liquidis investigare potest ». *l.* 2. *cod. d. t.*

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Licet adversus heredes, ob non factum inventarium jusjurandum in actione tutelæ prætermitti placuerit, judicem tamen datum, velut ex dolo tutoris aliis indiciis instructum, adversus eos ferre sententiam convenit ». *l.* 5. *cod. d. t.*

Similiter Severus et Antoninus : « Adversus heredes tutoris ad transferendam tutelam (1) judicem accipiens; tempore litis instrumenta ad puberem pertinentia restitui desiderabis. Quod si dolo (2) non exhibeantur, in litem jurandi tibi facultas erit : modo si quondam pupillo debitam affectionem ad vincula quoque religionis (3) extendere volueris » *l.* 1. *cod. d. t.*

Quod si lis fuerit cum ipso tutore contestata, indistincte tenebitur heres quemadmodum ipse tutor teneretur.

Hinc addit Gordianus : « Sed quum adversus ipsum tutorum litem contestatam esse dicatis, transferentibus vobis in heredes ejus actionem, præses provinciæ partes suas exhibebit : non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus juxta formam constitutionum partes suas debeat moderari ». *sup. d. l.* 4. §. 8. *cod. d. t.*

Consonat quod « Paulus respondit : Tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse. Nam quum ex omnibus bona fide judiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelæ actione. Sed constitutionibus subventum est ignorantiæ heredum. Hoc tamen tunc observandum est, quum post mortem tutoris heres conveniatur; non si lite contestata tutor decesserit. Nam litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur ». *l.* 8. §. 1. *lib.* 9. respons.

IV. Venit 3°. in actione tutelæ adversus heredes tutoris, id

(1) *Ad transferendam* tutelarem administrationem in te curatorem quondam pupillo creatum.

(2) *Dolo* heredum proprio.

(3) Jusjurandum appellari solet, *vinculum religionis*. Sensus est, *modo* jurare in litem *velueris* pro pupillo : nemo enim invitus in litem jurat.

un certain tems de lui remettre ses titres; car s'il n'y a de la part de ce tuteur, ni fraude, ni dol, ni faute, le juge peut décider sans recourir au serment, comme ayant plusieurs moyens de découvrir la vérité et de s'éclairer à cet égard. »

A quoi est conforme ce rescrit de Dioclétien et de Maximien, où ils disent que, « bien qu'il ait été décidé qu'on pouvait dispenser une pupille du serment judiciaire contre les héritiers de son tuteur, à raison de ce que ce tuteur n'avait point fait d'inventaire, il convient cependant que le juge donné prononce contre ces mêmes heritiers, après avoir cherché d'autres indices du dol du tuteur ».

Sévère et Antonin disent également : « En recevant jugement contre les héritiers du tuteur pour vous transférer l'administration de la tutelle (1), vous demanderez que les titres du mineur soient remis pendant l'instance; et en cas qu'on s'y refuse de mauvaise foi (2), vous aurez la faculté d'être admis au serment judiciaire, pourvu que l'affection que vous conservez pour le mineur, vous porte jusqu'à consentir à vous lier dans son intérêt par la religion du serment (3) ».

Si la contestation avait commencé avec le tuteur, son héritier en sera comme lui, indistinctement tenu ».

C'est pourquoi Gordien ajoute : « Puisque vous dites que la contestation était liée contre le tuteur lui-même, le président de la province, en vous transférant l'action contre ces héritiers, saura qu'il doit conformer son jugement aux constitutions des princes, dans le cas où les titres ne vous seraient pas remis ».

Ce qui s'accorde avec ce que Paul a répondu, savoir, « que l'action doit être maintenue contre l'héritier du tuteur, telle qu'elle avait été intentée contre lui; d'où suit que cet héritier ne sera pas admis à dire qu'il n'a pas trouvé les titres du pupille, parce que l'héritier étant passible du dol du défunt dans toutes les actions de bonne foi, il doit en être de même dans celle de la tutelle. Les constitutions des princes sont venues au secours de l'ignorance dans laquelle sont les héritiers à cet égard; mais il faut observer que ce n'est pas dans le cas où l'action a été intentée contre le tuteur avant sa mort, parce que la contestation en cause transmet de part et d'autres les actions pénales, et perpétuent les actions temporaires ».

IV. 3°. Dans l'action de la tutelle contre les héritiers du tu-

(1) Pour vous transférer comme curateur de l'administration de la tutelle.

(2) C'est-à-dire, les héritiers.

(3) On a coutume d'appeler le serment un lien de religion, et le sens est que pourvu que vous veuillies prêter le serment judiciaire pour votre pupille, parce que personne n'est tenu de le prêter malgré lui.

quod tutor ex quavis causa pupillo debuit, quasi hoc fuerit in tutelæ actionem deductum.

Hinc Antoninus : « Adversus heredes quondam tutoris tui tutelæ actione consiste. In judicium autem veniet etiam id quod tibi tutor ex causa fidejussionis debuit ». *l.* 3. *cod.* 5. 54. *de hered. tut.*

V. Venit 4°. in actione tutelæ adversus heredes tutoris, quod tutor dolo aut lata culpa peccavit. Cæterum, « heredes tutorum ob negligentiam, quæ non (1) latæ culpæ comparari possit, contra tutorem lis inchoata (2) est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præstitum sit ». *l.* 1. *cod.* 5. 54. *de hered. tut.* Severus et Anton.

Latæ autem, non levi culpæ annumeratur, si tutor administrare detrectaverit, ideoque eo nomine tenentur ejus heredes.

Unde ita rescribit Antoninus : « Pater vester tutor vel curator datus, si se non excusavit, non ideo vos minus heredes ejus *tutelæ* vel utili judicio (3) conveniri potestis, quod eum tutelam seu curam non administrasse dicitis. Nam et cessationis ratio reddenda est ». *l.* 2. *cod. d. t. hered. tut.*

Idem est si se excusavit quidem, sed ejus excusatio admissa non fuit. V. G. « tutor datus adversus ipsam creationem provocavit, Heres ejus postea victus, præteriti temporis periculum præstabit; quia non videtur levis culpa contra juris auctoritatem, mandatum tutelæ officium detrectare ». *l.* 39. §. 6. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Papin. *lib.* 4. resp.

Generaliter etiam Alexander rescribit : « Heredes eorum qui tutelam vel curam administraverunt, si quid ad eos ex re pupilli vel adulti pervenerit, restituere coguntur. In eo etiam quod tutor vel curator administrare debuit, nec administravit, rationem reddere eos debere non est ambigendum ». *l.* 4. *cod.* 5. 54. *de hered. tut.*

« Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse, qui administraverunt, sæpe rescriptum est ». *sup. d. l.* 2. *cod. v. fin. de hered. tut.*

VI. 5°. Denique tenentur heredes tutorum de proprio facto circa ea quæ connexa sunt.

Enimvero, « si tutoris heres exsecutus est quæ tutor inchoavit,

---

(1) Male Cujacius, licet auctoritate Basilicon fretus, hanc primam negationem demit. Videb. Bachovium *ad Treutlerum*, volum. 2. *disput.* 9. *thes.* 5.

(2) Hoc enim casu perinde condemnatur heres, ac defunctus (si vixisset) condemnatus fuisset; adeoque etiam levis culpæ nomine. Supra *n.* 3.

(3) *Negotiorum gestorum* quo tenentur curatores.

teur, tout ce que celui-ci devait à son pupille, n'importe pour quelle cause, entre dans le compte de tutelle.

C'est pourquoi Antonin dit : « Vous pouvez poursuivre l'action de la tutelle contre les héritiers de votre ci-devant tuteur, et y faire entrer même ce qu'il vous devait comme garant ».

V. 4°. L'action de la tutelle comprend aussi contre les héritiers du tuteur, ce que celui-ci devait à raison du dol ou des fautes graves qu'on peut lui imputer. Mais « on ne doit pas condamner les héritiers des tuteurs, à raison d'une négligence qu'on ne peut pas assimiler à une faute grave (1), à moins que l'action n'eût été intentée contre le tuteur (2), ou qu'il n'eût profité du dommage causé à son pupille ».

Or, ce n'est point une faute légère, mais grave, de n'avoir pas administré, et les héritiers en sont tenus.

C'est pourquoi Antonin dit dans un rescrit : « Si votre père ayant été donné pour tuteur ou curateur, ne s'en est pas fait dispenser, vous ne serez pas moins passible de l'action de la tutelle ou curatelle, ou de l'action utile (3), parce qu'il ne les aura point administrées; car il doit donner les raisons de la cessation de la gestion ».

Il en sera de même, s'il a proposé des moyens de dispense et qu'ils n'aient pas été admis. Par exemple, « si un tuteur donné a réclamé contre sa nomination, son héritier condamné ensuite, sera passible des pertes survenues pendant le litige, parce que ce n'est pas une faute légère que de refuser d'administrer une tutelle sous des prétextes que la loi n'admet pas ».

Alexandre dit aussi dans un rescrit, qu'en général, « les héritiers de ceux qui ont administré une tutelle ou une curatelle, doivent restituer au pupille ou à l'adulte, tout ce qui leur est parvenu de ses biens; et il n'est pas douteux que dans le cas où les tuteurs auxquels ils ont succédé, n'auraient point administré, ils doivent aussi rendre compte du dommage qui en serait résulté pour les pupilles ».

« Plusieurs rescrits disent cependant qu'il faut d'abord actionner ceux qui ont administré, pour leur faits propres ».

VI. Enfin, les héritiers des tuteurs sont tenus de leurs faits personnels pour ce qui concerne la tutelle ».

En effet, « si l'héritier d'un tuteur a continué des opérations

(1) C'est mal-à-propos que Cujas supprime cette négation, bien que sur l'autorité des Basiliques. Voy. Bachov. *ad Treutlerum. vol.* 2. *disput.* 9. *thes.* 5.

(2) Parce que dans ce cas l'héritier est condamné comme l'aurait été le défunt s'il eût vécu, et par conséquent même pour une faute légère.

(3) De la gestion des affaires dont sont tenus les curateurs.

tutelæ etiam eo nomine tenetur ». *l.* 60. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Pomp. *lib.* 8. epist.

« Quum ostendimus heredem quoque tutelæ judicio posse conveniri, videndum an etiam propria administratio veniat in judicium? Et extat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris, heres ejus negotia pupilli gerere perseveravit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et consumpserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit, tutelæ judicio eum teneri suo nomine. Nam quum permittatur adversus heredem ex proprio dolo jurari in litem, apparet eum judicio tutelæ teneri ex dolo proprio », *l.* 4. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Negligentia (1) plane propria heredi non imputabitur ». *d. l.* 4. §. 1.

Consonat Pomponius : « Quamvis heres tutoris tutor non est, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem (si legitimæ ætatis et masculus sit) explicari debent ; in quibus dolus ejus admitti potest », *l.* 1. *lib.* 17. *ad Sab.*

ARTICULUS II.

De fidejussoribus et nominatoribus tutorum et curatorum.

VII. Datur etiam pupillo finita tutela actio ex stipulatu adversus fidejussores tutorum, in id omne cujus nomine actione tutelæ teneretur tutor pro quo fidejusserunt.

Nec solum si intercesserit stipulatio, sed etiam « fidejussores a tutoribus nominati, si præsentes fuerunt, et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt, æquum et perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset (2) ».

« Eadem causa videtur adfirmatorum ; qui scilicet, quum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent », *d. l.* 4. §. 3.

Eadem etiam causa nominatorum, qui scilicet indicaverunt magistratui quam personam tutorem daret, postulaveruntque ut hæc persona tutor daretur.

« Postulare tutorem videtur, et qui per alium postulat : item nominare, et qui per alium hoc idem facit ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 39. *ad Sab.*

De hac actione adversus fidejussoris tutorum infra ex professo agetur, *lib.* 46. *tit.* 6. rem pupilli salvam fore.

(1) Levis scilicet.

(2) Speciali jure ita obtinet.

commencées par ce tuteur, il s'est soumis lui-même à l'action de la tutelle ».

« Comme nous avons dit que l'héritier du tuteur était lui-même passible de l'action de la tutelle, il faut examiner si son administration entre aussi dans cette action; et à l'appui de ce principe, vient cette décision de Servius, suivant laquelle, si après la mort du tuteur son héritier avait fait les affaires du pupille, dépensé des deniers pupillaires trouvés dans la succession, ou fait payer des sommes dues à ce même pupille, en vertu de stipulations du tuteur, il était soumis personnellement à l'action de la tutelle; parce que le mineur étant admis au serment judiciaire contre cet héritier à raison de son dol, il en résulte que cet héritier doit être passible de l'action de la tutelle pour le dol qui lui est imputable ».

« Mais on n'imputera pas une simple négligence à cet héritier (1) ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit Pomponius, « que, bien que l'héritier du tuteur ne soit pas tuteur, si cependant il a continué l'administration du défunt, il est réputé tel pour ce qu'il a fait, et peut être accusé de dol à cet égard, s'il est du sexe masculin et a l'âge requis par la loi ».

ARTICLE II.

Des fidéjusseurs ou garans, des tuteurs et curateurs et de ceux qui les ont nommés.

VII. On donne aussi au pupille l'action de la chose stipulée contre les garans de ses tuteurs, pour tout ce dont serait tenu le tuteur qu'ils auraient cautionné.

«Non-seulement dans le cas où il y a eu stipulation; mais encore « si les garans nommés pour la gestion des tuteurs, ont été présens et n'ont pas réclamé, s'ils ont souffert que leurs noms fussent inscrits dans les actes publics, il est juste qu'ils soient tenus comme s'il y avait eu stipulation légale (2) ».

« Il en est de même de ceux qui, ayant affirmé la solvabilité des tuteurs, s'en sont ainsi rendus caution ».

Il en est aussi de même de ceux qui ont nommé les tuteurs, c'est-à-dire, qui les ont désignés au magistrat et ont demandé qu'ils fussent donnés pour tuteurs.

« Et on est censé demander un tuteur, ou le nommer au magistrat, quand on le lui fait nommer ou demander par un autre ».

Nous traiterons spécialement de cette action contre les garans des tuteurs, dans le livre 46, titre de *la caution de conserver les biens du pupille.*

---

(1) C'est-à-dire, légère.

(2) Cela a lieu par un droit particulier.

TITULUS VIII.

De magistratibus conveniendis.

I. « *In* magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo (1), nec ex cautione fidejussionis solidum exigi possit, pupillis quondam, in subsidium, indemnitatis nomine, actionem utilem (2) competere ex senatusconsulto quod auctore divo Trajano, parente nostro, factum est, constitit ». *l.* 5. *cod.* 5. 75. *h. tit.* Diocletianus et Maximianus.

De hac actione videndum : 1°. quibus casibus huic sit locus; 2°. quibus et adversus quos detur; 3°. an ex duobus magistratibus alter pro hac actione teneatur; 4°. qualis sit hæc actio, et quid in ea veniat.

§. I. *Quibus casibus huic actioni magistratus inferiores sint obnoxii ?*

II. Magistratus huic actioni obnoxii sunt, quum satis non exegerunt a tutore quem dederunt; quamvis idoneus tunc foret.

Nam, « si magistratus ab initio tutorem idoneum dedit, et satis non exegit, non sufficit ». *l.* 1. §. 11. Ulpianus, *lib.* 36.

Idem et si satis exegit quidem, sed non idoneum fidejussorem accepit.

« Quod si satis exegit, et idoneum exegit; quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fidejussores, nihil est quod ei qui dedit imputetur : *Non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo præstare* ». *d.* §. 11.

« Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, quum acciperentur; sed magistratibus, ut doceant (3) eos solvendo fuisse ». *l.* 1. §. 13.

« Magistratibus imputatur etiam, si omnino tutor vel curator datus non sit. Sed ita demum tenentur, si moniti non dederint. Ideo damnum, quod impuberes vel adolescentes medio tempore passi sunt, ad eos magistratus pertinere non ambigitur qui munere mandato non paruerunt ». *l.* 1. §. 6.

« Sciendum autem est, si magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos vel si satisdationem, data

(1) Tutores scilicet.

(2) Directa actio *tutelæ* in tutores eorumque heredes competit; in subsidium autem eorum *utilem*, ad instar *tutelæ* actionis, dari in magistratus eo casu actionem senatusconsultum cavit.

(3) Nam probatio incumbit ei qui affirmat aliquid, non ei qui negat. Vid. supra, *lib.* 22. *tit.* 3, *de probat.*

TITRE VIII.

De l'action donnée contre les magistrats.

I. « Il est constant qu'en vertu d'un sénatus-consulte, rendu par l'empereur Trajan notre père, on donnait une action utile (1) au pupille, subsidiairement et à titre d'indemnité, contre les magistrats qui avaient nommé les tuteurs, lorsqu'après l'administration de ceux-ci ils se trouvaient insolvables (2), ainsi que leurs garans ».

Il y a à examiner sur cette action, 1°. dans quel cas elle a lieu; 2°. à qui et contre qui elle est donnée; 3°. si l'un de deux magistrats en est tenu pour l'autre; 4°. quelle est cette action et ce qui y entre.

§. I. *Dans quels cas les magistrats inférieurs sont soumis à cette action.*

II. Ces magistrats sont soumis à cette action, lorsqu'ils n'ont pas exigé caution du tuteur qu'ils ont nommé, encore qu'il eût été solvable à l'époque de sa nomination.

Car, « il ne suffit pas que le magistrat ait donné un tuteur solvable, s'il n'en a pas exigé caution ».

Il en est de même s'il a exigé caution, mais qu'il ait reçu un garant insolvable.

« S'il a exigé caution et un garant solvable, on ne peut lui imputer l'insolvabilité de ce tuteur et du garant, survenue depuis la nomination de l'un et la réception de l'autre; car les magistrats ne doivent pas garantir le pupille des événemens futurs ».

Mais ce n'est pas au pupille de prouver que les garans étaient insolvables quand on les a reçus, c'est aux magistrats de prouver qu'ils étaient alors solvables (3) ».

« Les magistrats sont aussi responsables de ce qu'il n'a point été donné de tuteur ou de curateur; mais ce n'est que dans le cas où ayant été avertis d'en donner, ils ne l'ont point fait. C'est pourquoi, il est certain qu'ils doivent supporter les pertes qu'en ont éprouvées l'impubère ou l'adulte, pour n'avoir pas rempli le devoir de leur charge ».

« Il faut savoir aussi que si les magistrats municipaux ont, aux moyens de retards combinés, renvoyé à leurs successeurs la no-

(1) Contre les magistrats qui avaient donné des esclaves insolvables.

(2) On donne l'action directe de la tutelle contre les tuteurs et leurs héritiers; mais ce senatus-consulte donne subsidiairement en ce cas une action utile, à l'instar de celle de la tutelle, contre les magistrats qui les ont donnés.

(3) C'est à celui qui affirme, et non à celui qui nie, qu'il incombe de prouver. Voy. ci-dessus, *liv*, 22. *tit. des preuves.*

opera, traxerint quoad successores accipiant, nihil eis prodesse ». *d. l.* 1. §. 7.

III. Hæc ita, non solum quum magistratus municipales ipsi jure suo tutores curatoresve dederunt, aut ad eos pertinebat ut darent : sed item quum præses tutorem curatoremve dedit. Nam « si curatores fuerunt minus idonei dati, dicendum est teneri magistratus oportere; si ex suggestu eorum, vel nominibus ab eis acceptis (1), præses dederit ».

« Sed et si ad eos remiserit ut ipsi dent, vel post dationem ut exigerent satisdationem, periculum ad eos pertinebit ». *l.* 1. §. 5.

« Plane si præses provinciæ satis eos exigere jussit, non dubitabimus teneri eos, etiamsi præses dederit ». *d. l.* 11. §. 2. *v. fin.*

Denique « divus Hadrianus rescripsit, etiam in eum qui electus est ad æstimandas tutorem satisdationes, actionem dandam ». *d. l.* 1. §. 8.

IV. « Si præses provinciæ denuntiare magistratus tantum de facultatibus tutorum voluit, ut ipse daret; videamus an et quatenus teneantur? Et extat divi Marci rescriptum, quo voluit eos, qui præsidi renuntiant, non perinde teneri atque si ipsi dedissent; sed si deceperunt, gratia forte aut pecunia, falsa renuntiantes ». *d. l.* 1. §. 2.

Similiter, « si præses provinciæ, nominibus ab alio acceptis, ad magistratus municipales remiserit, ut se de nominibus instruant, et perinde instructus dederit tutores; an exemplo eorum qui prætorem instruunt, debeant magistratus teneri, quæritur? Utique enim interest utrum ipsi magistratus nomina electa dederint præsidi, an ea quæ ab alio præses accepit, inquisierint? Et puto utroque casu sic teneri, quasi dolo vel culpâ lata versati sunt ». *d. l.* 1. §. 3.

§. II. *Quibus et adversus quos detur hæc actio?*

V. « Non tantum pupilli, sed etiam successores eorum, subsidiaria agere possunt ». *d. l.* 1. §. 4.

VI. An etiam et tutori datur, qui pro contutore egeno condemnatus est? Ea de re ita Ulpianus : « Proponebatur duo tutores a magistratibus municipalibus datos, cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis

(1) Vernacule diceremus (*sur la liste qu'ils ont fournie*).

mination des tuteurs et la caution à exiger d'eux, ils n'en seront pas moins responsables du préjudice qui peut en résulter ».

III. Il en est ainsi, non-seulement lorsque les magistrats municipaux ont donné eux-mêmes des tuteurs et des curateurs en vertu de leur juridiction, ou en vertu d'une juridiction déléguée; mais encore lorsque c'est le président lui-même qui les a donnés; car, « si des tuteurs ou curateurs insolvables ont été donnés, il faudra dire que les magistrats seront responsables de leur insolvabilité s'ils les ont suggérés ou désignés au président (1) ».

« Et même si le président les a chargés de les donner ou d'en exiger caution après les avoir nommés lui-même, ils courreront également les risques de la nomination qu'ils en ont faite ».

Quand le président de la province leur a ordonné d'exiger caution, nous ne doutons pas qu'ils n'en soient tenus, quoique le président les ait nommés lui-même ».

Enfin, « l'empereur Adrien dit dans un rescrit qu'il faut donner action même contre celui qui a été chargé de discuter la solidité des cautions données par les tuteurs ».

IV. « Si le président de la province a seulement chargé des magistrats de lui dénoncer les facultés des tuteurs avant de les donner lui-même, en seront ils tenus, et à quel point le seront-ils? Il existe un rescrit de Marc-Aurèle suivant lequel ils n'en seront pas tenus de la même manière que s'ils les eussent donnés eux-mêmes, s'ils n'ont fait que rendre compte de leurs facultés; mais ils en seront tenus, s'ils en ont imposé par argent ou par faveur, en en faisant un faux rapport ».

Il en est de même « si le président de la province a remis les noms de ces tuteurs aux magistrats municipaux en les chargeant de lui communiquer les renseignemens qu'ils en prendront, et qu'il les ait nommés sur leurs instructions. On demande, dans ce cas, si ces magistrats seront tenus, à l'instar de ceux qui fournissent au préteur les documens qu'il demande, parce qu'il importe peu qu'ils aient remis les noms de ces tuteurs au président, ou que le président ait reçu d'un autre les noms des tuteurs qui ont été l'objet de leur enquête. Je pense que dans l'un et l'autre cas ils sont tenus comme coupables de dol ou de fautes graves ».

§. II. *A qui et contre qui cette action est donnée.*

V. « Non-seulement les pupilles, mais encore leurs successeurs peuvent agir subsidiairement ».

VI. Est-elle aussi donnée au tuteur condamné pour son cotuteur insolvable? Ulpien dit sur cette question : « On proposait une espèce dans laquelle les magistrats municipaux avaient donné, sans en exiger caution, deux tuteurs dont l'un était mort insol-

(1) Nous dirions s'ils les ont portés sur la liste qu'ils ont fournie.

pupillo fecisse : et quærebatur an tutor iste adversus magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, quum sciret a contutore suo satis non esse exactum? Dicebam : quum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse, neque tutorem, quum nunquam tutor adversus magistratus habeat actionem. Senatus enim consultum pupillo subvenit; præsertim quum sit quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit, vel suspectum non fecit, si scit (ut proponitur) magistratibus eum non cavisse ». *l.* 2. *lib.* 3. *disp.*

« Quod si tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum adversus magistratus actionem ei dari ». *l.* 3. Julian. *lib.* 21. *dig.*

VII. Hæc actio datur in magistratus municipales, seu duumviros.

« Si filiusfamilias fuit magistratus, et caveri pupillo non curaverit, aut non idonee cautum sit culpa ejus, an et quatenus in patrem ejus actio danda sit, quæritur? et ait Julianus in patrem de peculio (1) dandam, sive voluntate ejus filius decurio factus sit, sive non. Nam etsi voluntate patris magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra quam de peculio conveniri; quasi (2) rempublicam salvam (solam) fore promittat, qui dat voluntatem ut filius decurio creetur ». *l.* 1. §. 17. Ulp. *lib.* 37. *ad ed.*

VIII. Quod ad heredem magistratus pertinet, extat Divi-Pii rescriptum : causa cognita debere dari actionem. Nam magistratus si tanta fuit negligentia, ut omnem cautionem omitteret, æquum est haberi eum loco fidejussoris, ut et heres ejus teneatur. Si vero cavit, et tunc idonei fuerant, et postea desierunt; sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo justius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fidejussoribus contrahunt ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 1. *ad ed.*

Et alibi brevius et apertius : « Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur. Nam nec heres tutoris, negligen-

(1) *De peculio* duntaxat. Et rationem mox subjicit : *nam etsi, etc.*

(2) Id est, qui consensit ut filius suus creetur magistratus, videtur quidem pro filio intercedere erga rempublicam. Unde suo nomine pater tenetur de his quæ filius debebit reipublicæ; at non de his quæ debebit pupillis.

vable, et dont l'autre avait été condamné solidairement à payer le reliquat du compte de leur tutelle. On demandait si ce tuteur condamné avait quelqu'action contre les magistrats municipaux, en supposant qu'ils n'ignoraient pas qu'on n'avait point exigé de caution de son cotuteur. Je disais que le pupille ayant été satisfait, ni le pupille ni le tuteur n'avaient d'actions contre les magistrats, puisque ces tuteurs n'en pouvaient jamais avoir contre le magistrat qui les a donnés, et que le sénatus-consulte subvient au pupille, surtout lorsque le tuteur peut s'imputer de n'avoir pas exigé une caution de son cotuteur, sachant, comme on le suppose dans l'espèce, que les magistrats n'en avaient pas exigé, et de ne l'avoir pas fait déclarer suspect ».

« Mais si le tuteur n'avait rien à se reprocher, à cet égard, il ne serait pas injuste de lui donner action contre les magistrats ».

VII. Cette action est donnée contre les magistrats municipaux ou décemvirs.

« Si un fils de famille magistrat n'a pas eu soin de faire donner caution à un pupille par son tuteur, ou en a admis, par sa faute, une qui n'était pas suffisante, on demande si et jusqu'à quelle concurrence on doit donner action contre son père. Julien dit sur cette question qu'on doit donner action à la concurrence du pécule (1), soit que son fils ait été fait décurion avec ou sans son consentement; attendu que si ce fils a exercé une magistrature du consentement de son père, celui-ci ne peut encore être actionné qu'à la concurrence de son pécule; car en consentant à ce que son fils fût fait décurion, il n'a garanti que les intérêts de la république (2) ».

VIII. « Par rapport à l'héritier d'un magistrat, suivant un rescrit d'Antonin-le-Pieux, il faut donner action contre lui avec connaissance de cause; parce que, si le magistrat n'a pris aucune mesure pour faire donner une caution, il est juste de l'assimiler à un garant, de sorte que l'héritier de ce magistrat soit tenude cette négligence, comme le serait l'héritier du garant; toutefois s'il a exigé et reçu des cautions alors suffisantes; mais qui depuis ont cessé de l'être, son héritier sera admis à repousser l'action comme l'eût fait le magistrat lui-même, et encore à plus forte raison. Enfin, conformément à ce rescrit, on ne doit donner action contre l'héritier de ce magistrat qu'autant qu'il aurait admis des garans évidemment insolvables ».

Et il est dit ailleurs plus briévement et plus clairement encore, que les héritiers des magistrats ne sont pas tenus, à cet égard,

(1) Seulement du pécule, et il en donne la raison *nam etsi, etc.*

(2) C'est-à-dire, s'il a consenti à ce que son fils fût fait décurion. Il est censé être intervenu par rapport à la république; c'est pourquoi il sera personnellement passible de ce que son fils devra à la république, et non de ce qu'il devra à son pupille.

tiæ nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 3. *disput.*

Consonat quod rescribit Alexander : « In heredes magistratus, cujus non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari ». *l.* 2. *cod.* 5. 75. *h. tit.*

IX. Hactenus de duumviris et heredibus eorum. In urbe datur hæc actio in scribam prætoris, cui mandare solet ut de facultatibus tutorum inquirat, et satisdationes accipiat : ut liquet ex constitutione Zenonis. *l.* 6. *cod. h. tit.*

Cæterum, « neque prætor, neque quis alius (1), cui tutoris dandi jus est, hac actione tenebitur ». *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 37. *ad ed.*

Item « in ordinem (2) subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus (3) ».

« Nec in fidejussores eorum (4). Hi enim rempublicam salvam fore promittunt, non pupilli : proinde nec nominatores magistratuum ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus ».

« Sed si ordo receperit in se periculum, dici debet teneri eos qui præsentes fuerunt : parvi enim refert nominaverint vel fidejusserint, an in se periculum receperint. Utilis ergo in eos actio competit. Sed si a magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per ordinem electus ». *d. l.* 1.

§. III. *An et quatenus ambo magistratus, alter pro altero, hac actione teneantur?*

X. Duumviri hac actione singuli in solidum tenentur. Et quidem etiam « si inter magistratus hoc convenerit, ut alterius tantum periculo tutores darentur : conventiones pupillo non præjudicare divus Hadrianus rescripsit. Conventione enim duumvirorum jus publicum mutari non potest ».

« Prius tamen arbitros conveniendum eum qui hoc suscepit; deinde excussis facultatibus ejus, tunc veniendum ad collegam.

(1) Major magistratus, ut in provinciis præses.
(2) Decurionum.
(3) Duumviros scilicet.
(4) Magistratuum municipalium.

comme l'auraient été les magistrats eux-mêmes, parce que l'héritier d'un tuteur n'est pas tenu de sa négligence; et que si un magistrat doit courir les risques de ses fautes, son héritier ne succède, pour ainsi dire, qu'à celles qui sont assimilées au dol ».

Ce qui s'accorde avec le rescrit d'Alexandre, suivant lequel l'action n'est ordinairement donnée que contre les héritiers du magistrat qui, par une faute lourde, a été la cause que le pupille n'ait point reçu une caution suffisamment solvable.

IX. Jusqu'ici nous avons parlé des duumvirs et de leurs héritiers. Cette action est donnée dans Rome contre le secrétaire du préteur qu'ordinairement il commet, à l'enquête à faire sur les facultés des tuteurs, et qu'il charge d'en recevoir caution, comme on le voit par la constitution de Zénon, *l.* 6. *cod. de ce tit.*

Mais « ni le préteur, ni tout autre ayant droit de donner des tuteurs (1), ne sera tenu de cette action ».

Et « on ne donnera point non plus l'action subsidiaire contre l'ordre (2); mais seulement contre les magistrats (3) ».

« On ne la donnera pas plus contre leurs garans (4), parce qu'ils ne garantissent que les intérêts de la république, et non ceux du pupille; ainsi ceux de l'ordre qui auront nommé ces magistrats à cet effet, ne seront pas passibles de cette action, mais ces magistrats seulement ».

« Si l'ordre a pris sur lui les risques de leurs nominations, il faudra dire que ceux de l'ordre qui étaient présens seront passibles de l'action, parce qu'il est indifférent qu'ils aient nommé les tuteurs, qu'ils se soient portés caution pour eux, ou qu'ils se soient soumis aux périls et risques de leur gestion. D'où suit que l'action utile aura lieu contre eux; mais lorsque les magistrats municipaux ont donné un tuteur, l'ordre n'est pas pour cela censé l'avoir donné ».

§. III. *Si et jusqu'à quel point deux magistrats sont soumis à cette action l'un pour l'autre.*

X. Les duumvirs sont tenus de cette action solidairement l'un pour l'autre; et même « quand il aurait été convenu entre eux que les tuteurs seraient donnés seulement aux périls et risques de l'un d'eux, suivant un rescrit de l'empereur Adrien, leurs conventions ne pourraient pas préjudicier au pupille; parce que les conventions des duumvirs ne peuvent pas changer le droit public ».

Je pense cependant qu'il faudrait d'abord discuter celui qui se serait chargé des risques, et n'actionner son collègue qu'après cette

(1) Magistrat supérieur, tel que le président dans les provinces.
(2) Des décurions.
(3) C'est-à-dire, les duumvirs.
(4) Des magistrats municipaux.

Quemadmodum si solus dedisset, diceremus prius eum, deinde collegam adgrediendum ». *l.* 1. §. 9. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

XI. Aliquando etiam beneficium habent divisionis, ut rescribit Gordianus : « Si tu et collega tuus, quum magistratu fungeremini, minus idoneum tutorem dedistis, cautionemque idoneam non exegistis, nec alias servari pupillo indemnitas potest, et utique solvendo estis : pro virili parte, in vos actionem dari non injuria postulabitis ». *l.* 3. *cod. h. tit.*

Hac in re tamen interesse docet Celsus, an dolus eorum, an culpa duntaxat arguatur. Ita ille : « in magistratus, qui tutorem dederunt, rogo rescribas utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit ejus qui pupillus fuit cum quo potissimum agat? Respondit : si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult actio ei danda in solidum est. Sin culpa duntaxat eorum, neque dolo malo id factum est, æquius esse existimo pro portione (1), in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit ». *l.* 7. *lib.* 11. *dig.*

Quod si alteruter solvendo non est, tunc absque illa distinctione non erit locus huic divisionis beneficio, ut in specie sequenti :

« Magistratus a curatoribus adulti cautionem exegerunt *rem* salvam fore; ex his alter sine herede decessit. Quæro an indemnitatem in solidum collega ejus præstare debeat? Modestinus respondit : nihil proponi cur non debeat ». *l.* 8. *lib.* 6. *resp.*

§. IV. *Qualis sit hæc actio, et quid in ea veniat?*

XII. Hæc actio subsidiaria est. Ea enim magistratus tenetur in subsidium demum tutorum, et heredum eorum, et fidejussorum.

« Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit, quo *tutelæ* agi potest, sufficit ». *l.* 1. §. 12. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Nec refert quod postea desierit esse solvendo; ut docet Paulus in specie sequenti : « Æmilius-Dexter, magistratus sui tempore datis tutoribus, cessaverat in exigenda satisdatione. Deinde quibusdam excusatis, a sequentibus magistratibus Dexter tutor assumptus fuerat. Creatus conveniebatur in solidum duplici ratione; quod, quum magistratus esset et tutores dedisset, satisdationem non exegisset. Ex diverso dictum est licet satis exactum non esset, tamen in diem tutelæ finitæ idoneos fuisse tutores, neque

(1) Data scilicet eis exceptione *divisionis.*

discussion, comme dans le cas où un seul l'aurait donné, nous dirions qu'il faudrait le discuter avant d'attaquer son collègue ».

XI. Ils ont quelquefois aussi le bénéfice de la division, conformément à ce rescrit de Gordien. « Si vous et votre collègue, tous deux magistrats, avez donné un tuteur insolvable sans en exiger une caution suffisante, qu'il en résulte quelque préjudice pour le pupille, et que vous soyez l'un et l'autre solvables, vous pourrez sans injustice demander que l'action soit dirigée contre vous deux à l'effet de l'indemniser par portions égales ».

Celse enseigne cependant, sur cette matière, qu'il faut distinguer s'ils sont argués de dol ou seulement de fautes. « On me demandait, dit-il, si l'action devait être accordée solidairement contre l'un et l'autre des magistrats qui avaient donné un tuteur, ou si le pupille avait le choix de l'intenter contre celui qu'il jugerait à propos. J'ai répondu que si c'était par dol que les magistrats n'avaient pas fait donner de caution au pupille, celui-ci pouvait actionner l'un et l'autre solidairement; mais que, s'il ne pouvait leur imputer que de la négligence sans mauvaise foi, je pensais qu'il était plus juste de donner action contre eux, par portions égales, pourvu que le pupille n'en éprouvât aucun préjudice (1) ».

Mais s'ils sont l'un et l'autre insolvables, il ne pourra plus y avoir lieu ni à cette distraction ni au bénéfice de division, comme dans l'espèce suivante :

« Des magistrats avaient exigé caution des curateurs d'un adulte pour la conservation de ses biens; l'un est mort sans héritier. On demandait si l'autre devait indemniser seul cet adulte. Modestinus répondit que l'espèce ne présentait rien qui pût l'en dispenser ».

§. IV. *Quelle est cette action et ce qui y entre.*

XII. Cette action est subsidiaire, car le magistrat n'en est tenu qu'à défaut des tuteurs, de leurs héritiers et de leurs garans.

« Et même s'il n'a pas exigé de caution, et que le tuteur fût solvable lorsqu'il a pu être actionné, la solvabilité du tuteur suffit pour libérer le magistrat ».

Et il est indifférent qu'il soit devenu depuis insolvable, comme l'enseigne Paul dans l'espèce suivante : « Æmilius Dexter, alors magistrat, avait donné des tuteurs sans exiger de caution. Tous les autres s'étant fait dispenser de la tutelle par ses successeurs, Dexter fut donné pour tuteur. Creatus était actionné solidairement pour cette double raison qu'étant magistrat et qu'ayant donné des tuteurs, il n'en avait pas exigé caution. Les adversaires disaient que, bien qu'il n'eût point exigé de cautions, les tu-

(1) En accordant à ces magistrats l'exception de la division.

cessationem curatorum obesse tutoribus debere. Pronuntiavit : si in diem finitæ tutelæ idonei permansissent tutores, licet (et) satis non esset exactum, curatorum esse periculum; si minus, tutorum et magistratuum : hoc est, tunc esse periculum ejus, qui suspectum non fecisset, aut satis non exegisset, quum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse ». *l.* 53. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Paul. *lib.* 2. *decret.*

XIII. Si plures fuerunt tutores qui in solidum administrationi erant obnoxii, sufficit ut vel unus solvendo fuerit.

V. G. « Duo tutores partiti sunt inter (1) se administrationem tutelæ : alter sine herede decessit. Quæsitum est, in magistratum qui non curasset ut caveretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet? Respondi : Æquius esse in alterum tutorem dari, quam in magistratum : debuisse enim eum, quum sciret pupillo cautum non esse, universa negotia curare; et in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei (2) qui ad administrationem quorumdam negotiorum pupilli non accessisset. Nam et si aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tenetur etiam ob rem quam non gessit, quum gerere deberet ». *l.* 5. Julian. *lib.* 21. digest.

Consonat quod rescribit Gordianus : « Adversus nominatorem (3) tutoris vel curatoris minus idonei, non ante perveniri potest, quam si (bonis nominati, itemque fidejussoris ejus, nec non collegarum) ad quorum periculum consortium administrationis spectat, excussis, non sit indemnitati pupilli, vel adulti satisfactum ». *l.* 4. *cod.* 5. 75. *h. tit.*

Obiter observandum; aliam causam esse eorum qui bona pupilli, tanquam bona essent reipublicæ ad quam tunc pertinere videbantur, administraverunt. Si quis enim male administravit, et non solvendo sit, non necesse est collegas ejus excuti, ut ad magistratum, qui eum præposuit, perveniatur.

Inde species sequens : « Sempronii, qui ex pollicitatione debitor patriæ suæ extiterat, bona respublica jussu præsidis possedit.

(1) Citra testatoris aut prætoris voluntatem : quapropter non ideo minus in solidum tenentur. Secus, si a prætore aut testatore divisa esset tutela; ut vid. supra *tit.* 3. *de tutel. et rat. distrah. sect.* 1. *art.* 2.

(2) Id est, tutor qui cum contutore minus idoneo administrationem partitus est, similis est ei tutori qui quædam gessit, quædam gerere omnino omisit : perinde est enim minus idoneo gerenda relinquere, ac si quis omnino non gerat.

(3) Magistratum municipalem, qui suggessit præsidi nomen tutoris quem præses daret.

teurs qu'il avait nommés étaient solvables à l'expiration de la tutelle, et qu'ils ne devaient pas souffrir de la mauvaise gestion des curateurs. Il fut décidé que si les tuteurs avaient été solvables à l'expiration de la tutelle, encore qu'on n'en eût point exigé de caution, tous les périls étaient à la charge des curateurs; mais que dans le cas contraire, ils étaient à la charge des tuteurs et des magistrats, c'est-à-dire, qu'ils étaient alors à la charge de celui qui n'avait pas dénoncé comme suspect le tuteur devenu insolvable, ou n'en aurait pas exigé caution ».

XIII. Si le magistrat a donné plusieurs tuteurs solidairement tenus des risques l'administration, il suffit qu'il y en ait un qui soit solvable.

Par exemple, « si deux tuteurs ont partagé entre eux (1), les périls de l'administration d'une tutelle, et que l'un des deux soit mort sans héritier; on demande si le pupille doit avoir action contre le magistrat pour n'avoir pas exigé de caution, ou bien contre l'autre tuteur. J'ai répondu qu'il était plus juste de donner action contre l'autre tuteur que contre le magistrat, parce que cet autre tuteur, sachant qu'il n'avait pas été donné de caution au pupille, aurait dû administrer seul, et que par rapport à l'administration de l'autre, il devait être assimilé à un tuteur (2) qui aurait négligé de faire quelques-unes des affaires de son pupille, par la raison que s'il est tenu de celles qu'il a faites, il doit être également tenu de celles qu'il n'a pas faites et qu'il devait faire ».

A quoi est conforme ce rescrit de Gordien, « qu'on ne doit actionner celui qui a donné (3) un tuteur ou un curateur insolvable, qu'après avoir discuté les biens du tuteur donné, de son garant et de ses collègues, tous sujets aux risques et périls de l'administration, sans que ce moyen ait suffi pour indemniser le pupille ou l'adulte ».

Il faut observer en passant qu'il en est autrement de ceux qui ont administré les biens d'un pupille, comme biens de la république à laquelle ils paraissaient appartenir; parce que si l'un d'eux est insolvable et a mal administré, il n'est pas nécessaire de discuter ses collègues avant d'actionner le magistrat qui l'a établi.

De là l'espèce suivante : « La république s'était mise en possession des biens de Sempronius, par ordre du président, pour des

(1) Sans la volonté du testateur ou du préteur : c'est pourquoi il n'en sont pas moins tenus solidairement ; il en serait autrement si le testateur ou le préteur avaient divisé la tutelle, comme on l'a vu ci-dessus au titre *des tutelles et des comptes frauduleusement rendus*, *sect.* 1. *art.* 2.

(2) C'est-à-dire, que le tuteur qui a partagé l'administration avec son cotuteur insolvable, est assimilé au tuteur qui a fait une partie des affaires de son pupille et négligé de faire l'autre, parce que donner des affaires à faire à celui qui ne les fait pas, c'est comme ne les pas faire.

(3) Le magistrat municipal qui a suggéré au président le tuteur qu'il devait donner.

Quorum bonorum magistratus reipublicæ, tres curatores constituerunt (qui apud græcos επιμελητάι (id est, *curatores*) vocantur): qui postea inter se, sine consensu reipublicæ, administrationem bonorum Sempronii diviserunt. Ex quibus quidam, quum reliqua traherent, idonei in ipso tempore administrationis esse desierunt. Postea pupillus heres Sempronii, qui abstentus erat, ab imperatore impetravit, ut bona paterna ei restituerentur. Quæro an ex bonis eorum, qui idonei sunt, indemnitati pupilli prospici debeat, quum individuum his officium curæ a magistratibus injunctum sit? Paulus respondit: Si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit, pro ejus portione, qui idoneus non sit, magistratus conveniri oportere (1): alia enim causa est tutorum, alia eorum qui reipublicæ negotia administrant (2) ». *l.* 46. §. 1. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut. lib.* 9. resp.

XIV. Eadem veniunt in hac actione quæ venirent in actione *tutelæ* adversus ipsos tutores.

Tamen « an in magistratus actione data, cum usuris sors exigi debeat, an vero usuræ peti non possint (quoniam constitutum est pœnarum (3) usuras peti non posse) quæsitum est? Et rescriptum est a divis Severo et Antonino, et usuras peti posse, quoniam

(1) Imo, in *l.* 26. *ff. tit.* 5. *de negot. gest.* supra, *lib.* 3. *n.* 27, dicitur hoc damnum ad heredem pertinere? Solve: in *d. l.* 26. curator qui solvendo decessit, demum postquam jam heredi restituta esset hereditas, desiit esse solvendo Sibi igitur imputet heres, qui tunc eum, quum posset, non convenit. In hac vero specie, in ipso tempore administrationis antequam pupillo restitueretur hereditas, desiit esse solvendo: nihil igitur potest imputari pupillo; et debet pupillo teneri magistratus, cui culpa sua pupillo nocuit, dum eorum bonorum administrationi minus idoneum curatorem præfecit

(2) Id est, eorum qui administrant bona pupilli, non tanquam tutores sed tanquam administratores negotiorum reipublicæ ad quam hæc bona (antequam pupillus restitutus fuisset) pertinere videbantur. Eorum, inquam, alia causa est atque tutorum. Videbatur tamen eamdem eorum causam esse debere (et hæc erat ratio dubitandi quam tangit Paulus) quod *individuum his officium curæ a magistratibus injunctum sit*; atque hinc colligit Gordianus, in *l.* 2. *cod.* 11. 35. *quo quisq. ordin. conven.* eos, quibus aliqua reipublicæ administratio sine honore in solidum commissa est, adeo in solidum alterum pro altero teneri, ut non prius ad magistratum, qui eos nominavit, deveniatur, quam excussis utriusque facultatibus. Sed respondendum est, ita quidem fore, si reipublicæ, erga quam se ita obligaverunt, reddendam administrationis suæ rationem haberent: verum quum ex eventu, non reipublicæ, sed pupilli negotia gesserint; et sic respectu hujus pupilli sint meri negotiorum gestores (quorum alter pro eo quod alter gessit non tenetur, ut vid. supra, *lib.* 3. *tit.* 5. *de negot. gest. n.* 37 et *n.* 41.); hinc recte Paulus ait, aliam eorum esse causam, atque tutorum.

(3) Videtur autem peti hac actione a magistratu, quasi pœnæ nomine, quod pupillo ex ratione tutelæ abest.

engagemens qu'il avait pris envers elle; les magistrats avaient nommés trois curateurs à ces mêmes biens, lesquels avaient partagé cette administration entre eux sans le consentement de la république : deux d'entre eux se trouvant redevables, un pupille, héritier de Sempronius, et qui s'était abstenu d'accepter sa succession, demanda à l'empereur que les biens de son père lui fussent rendus. On demandait si les biens de celui qui était solvable étaient affectés à l'indemnité du pupille, l'administration leur ayant été donnée par indivis. Paul répondit que si on donnait action au pupille contre les curateurs, il fallait actionner les magistrats pour la portion de celui qui était devenu insolvable (1), parce qu'il en est autrement d'un tuteur ou d'un administrateur des biens de la république (2) ».

XIV. Il entre dans cette action ce qui entrerait dans celle de la tutelle contre les tuteurs eux-mêmes.

Cependant « on demandait si sur l'action donnée contre les magistrats, on pouvait demander les intérêts outre le principal, ou si on n'était point fondé à demander ces mêmes intérêts, parce que les condamnations pénales n'en emportent point (3). Sévère

(1) Il est dit au contraire dans la loi 26, *ff. de la gestion des affaires, liv.* 3. *d. tit. n.* 27, que ce dommage doit être supporté par l'héritier. *Solution :* dans cette loi 26 le curateur mort insolvable ne l'était devenu que depuis que la succession avait été remise à l'héritier, qui devait donc s'imputer de ne l'avoir pas actionné en tems utile comme il le pouvait ; au lieu que dans cette espèce le curateur est devenu insolvable pendant son administration, et avant que la succession ne fût remise au pupille ; d'où suit que ce dernier n'a rien à se reprocher, et que le magistrat est tenu envers lui du préjudice qu'il lui a causé par sa faute, en faisant administrer ses biens par un curateur insolvable.

(1) C'est-à-dire, de celui qui administre les biens d'un tuteur non comme son tuteur, mais comme administrateur des affaires de la république, à qui ces biens étaient censés appartenir jusqu'à la restitution du pupille. Il n'en est pas, dis-je, d'un pareil administrateur comme d'un tuteur. Leur état paraissait cependant le même, et c'était la raison de douter que touche Paul, en observant que l'administration de la curatelle avait été donnée à ceux-ci par indivis ; d'où Gordien conclut, dans la *l.* 2. *cod. relative au cas où un ordre entier peut être actionné*, que ceux à qui une administration de la république a été donnée solidairement sans honneurs, sont tellement tenus l'un pour l'autre, qu'on ne peut actionner le magistrat qui les a nommés qu'après avoir discuté les facultés de l'un et de l'autre ; mais il faut répondre : il en sera à la vérité ainsi dans le cas où il pourront rendre compte de leur administration à la république envers laquelle ils se sont obligés ; mais que lorsque, par événement, ils ont faits les affaires d'un pupille et non celles de la république ; c'est-à-dire, qu'ils sont devenus, par rapport à ce pupille, de simples chargés d'affaires, dont l'un n'est pas tenu pour ce que l'autre n'a pas fait, comme on l'a vu ci-dessus, *liv.* 3, titre *de la gestion des affaires*, *et n.* 41. Ce qui fait dire à Paul que leur condition n'est pas celle des tuteurs.

(2) Mais on demande par cette action au magistrat, à titre de peine, ce qui manque au pupille d'après son compte de tutelle.

eadem in magistratibus actio datur, quæ competit in tutores »; *l.* 9. Modest. *lib.* 4. Pandect.

Hoc tamen minus habet hæc actio quam actio *tutelæ*, quod « privilegium in bonis magistratus pupillus non habet: sed cum cæteris creditoribus partem habiturus est ». *l.* 1. §. 14. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

TITULUS IX.

De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

I. Postquam fuse egerunt Pandectarum ordinatores de administratione tutelæ et curæ, et actionibus quæ ex hac administratione descendunt, jam ad ea transeunt, quæ hujus administrationis excedunt termininos. Hujus generis potissimum est alienatio aut hypotheca certarum rerum ad pupillos aut minores pertinentium, quæ legibus distrahi prohibentur.

Enimvero, « imperatoris Severi oratione (1), prohibiti sunt tutores et curatores prædia rustica vel suburbana distrahere ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Quæ oratio in senatu recitata est, Tertyllo et Clemente consulibus, idibus Juniis ». *d. l.* 1. §. 1.

Et sunt verba ejus hujusmodi: « *Præterea, patres conscripti*, » interdicam tutoribus et curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel » codicillis caverint. Quod si forte æs alienum tantum erit, ut ex » rebus cæteris non possit exsolvi, tunc prætor Urbanus vir Clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet quæ possint alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse prætori. Si communis res erit, et » socius ad divisionem provocet; aut si creditor, qui pignori agrum » a parente pupilli acceperit, jus exsequetur; nihil novandum censeo ». *d. l.* 1. §. 2. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Ad hanc materiam sequentes potissimum pertinent quæstiones: quæ res minorum alienari prohibeantur, et quas personas, quasve alienationes prohibitio spectet? Ex quibus causis magistratus decreto suo has alienationes permittat, et quæ concurrere oporteat ut alienatio ex hoc decreto facta valeat? Denique quis sit effectus prohibitionis?

(1) Ante hanc constitutionem hoc licuisse tutoribus et curatoribus, colligere est ex *l.* 47. §. 1. *ff. de minorib.* in qua proponitur curator vendidisse prædia, sibi et his, quorum curam gerebat, communia.

et Antonin répondirent dans un rescrit qu'on pouvait exiger aussi les intérêts, parce que l'action donnée contre les magistrats était la même que celle qui eût été donnée contre les tuteurs ».

Cette action toutefois est moins étendue que celle de la tutelle, « en ce qu'elle ne donne point au pupille un privilége sur les biens du magistrat, mais seulement la faculté de les partager avec les autres créanciers ».

TITRE IX.

Des biens appartenant à ceux qui sont en tutelle ou en curatelle, qui ont été vendus ou engagés.

I. Après avoir amplement traité de l'administration de la tutelle ou de la curatelle, et des actions qui naissent de cette administration, les rédacteurs des Pandectes passent à ce qui en excède les bornes; telle est surtout la vente ou l'engagement des biens appartenans aux pupilles ou aux mineurs que la loi défend d'aliéner.

En effet, « par une constitution de l'empereur Sévère (1), il est défendu aux tuteurs et aux curateurs d'aliéner les maisons de campagne et des environs de la ville ».

« Laquelle constitution a été faite aux ides de juin, sous le consulat de Clément et de Tertyllus ».

En voici les termes : « Je défends de plus, pères conscrits, aux » tuteurs et curateurs, d'aliéner les maisons de campagne ou » celles des environs de la ville, à moins que le testament ne les y » autorise, ou un codicille. S'il se trouve plus de dettes que les » autres biens n'en pourraient acquitter, on pourra s'adresser au » préteur de la ville, qui estimera, dans sa sagesse, combien il » en poura être aliéné ou engagé, sauf l'action réservée au pupille » s'il peut prouver qu'on ait trompé la religion du préteur. S'il » se trouve un bien commun dont on demande le partage, ou si » un créancier a reçu un gage du père du pupille, on se conformera aux lois à cet égard. Je ne veux rien innover ».

Les questions suivantes appartiennent à cette matière, c'est-à-dire, celles de savoir quels biens des mineurs il est défendu d'aliéner, quelles personnes et quelles aliénations concerne cette défense; pour quelles causes le magistrat peut en permettre la vente; et quelles circonstances doivent concourir pour que l'aliénation en vertu du décret des magistrats en soit valide; et enfin quels sont les effets de cette défense.

(1) On peut conclure de la *l.* 47. §. 1. *ff. de minorib.*, qu'avant cette constitution cela était permis aux tuteurs et curateurs, et cette loi dit qu'un curateur avait vendu des biens communs entre lui et ceux dont il gérait la curatelle.

Articulus I.

Quæ res minorum alienari prohibeantur, et quæ alienationis?

§. I. *Quarum rerum interdicatur alienatio?*

II. Jure Pandectarum, ex oratione divi Severi, quam modo retulimus, prædia rustica et suburbana (1) prohibentur alienari.

Quid « si jus εμφυτευτικον vel εμβατευτικον (id est, superficiei) habeat pupillus? Videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse, quamvis jus prædii potius (2) sit ». *l.* 3. §. 4. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Similiter rescribunt Dioclet. et Maxim. : « Etiam vectigale vel patrimoniale seu emphyteuticum prædium sine decreto præsidis distrahi non licet ». *l.* 13. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. minorib.*

Item, « si lapidicinas, vel quæ alia (3) metalla pupillus habuit, stypteriæ (4) vel cujus alterius materiæ, vel si creti-fodinas, argenti-fodinas, vel quid aliud huic simile ». *Sup. d. l.* 3. §. 6.

« Quod tamen privatis licet posssidere ». *l.* 4. Paul. *lib. sing. ad orat. d. Sever.*

« Magis puto ex sententia orationis impediri alienationem ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Sed et si salinas habeat pupillus, idem erit dicendum ». *d. l.* 5. §. 1.

III. « Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse. Ea enim qua quasi pupillaris (vero) distractus est, venditio valet (5) ». *d. l.* 5. §. 2.

At, « si fundus pupillo pignoratus sit, an vendere tutores possint? Et puto. Hunc enim quasi debitoris, hoc est alienum, vendunt ».

« Si tamen impetraverat pupillus, vel pater ejus, ut jure domi-

---

(1) Secus de urbanis. Vid. supra, *lib.* 26. *tit.* 7. *de administr. et peric. tut. art.* 4.

(2) Quam prædium.

(3) Ergo etiam *metallorum* appellatione lapides continentur. Quod constat etiam ex epigrammate in statuam Pescennini-Nigri apud Spartianum.

(4) Id est, aluminis; sic dicti quod potentissime adstringit.

(5) Quidam legunt *non valet*. Et necessaria sane emendatio; nisi dicatur sensum esse, eam demum venditionem valere, qua fundus *quasi pupillaris* distractus est; id est, decreto interposito. In hac autem lege vox (*vero*) abundat.

ARTICLE I.

Quels biens des mineurs il est défendu de vendre, et quelles aliénations en sont défendues.

§. I. *De quelles choses on interdit l'aliénation.*

II. Suivant le droit des Pandectes, il était défendu par la constitution de Sévère, qu'on vient de rapporter, d'aliéner les biens de campagne et des environs de la ville (1).

Que faut-il dire « si un pupille n'en n'a que la superficie., son tuteur peut-il l'aliéner? Le mieux est de dire qu'il ne le peut pas; quoique cette espèce de propriété constitue plutôt un droit sur un bien (2) ».

Ainsi le décident Dioclétien et Maximien dans un rescrit. « Il n'est pas même permis, sans décret du président, d'aliéner un héritage patrimonial, ou grêvé de redevances, ou possédé à titre emphithéotique ».

« Ni des carrières ou mines (3) de métaux, d'alun ou autre de ce genre (4); de craie, d'argent ou autres quelconque ».

« De l'espèce de celles que les particuliers peuvent posséder ».

« Je pense que la constitution en prohibe l'aliénation ».

« Et même celle des salines qui appartenaient au pupille ».

III. Si le pupille possède un fonds de terre acheté de bonne foi, je pense qu'il faut dire que son tuteur ne peut pas l'aliéner, car il ne peut être aliéné validement que comme le peuvent les biens pupillaires (5) ».

Mais si « un fonds de terre a été donné en gage à un pupille, ses tuteurs peuvent-ils le vendre? Je pense qu'ils le peuvent, parce que le fonds engagé appartient au débiteur, c'est-à-dire, à un autre ».

» Si cependant le pupille ou son père s'était fait autoriser à le

---

(1) Il en est autrement des maisons de ville. Voy. ci-dessus, le titre *de l'administration et des périls de la tutelle*, *art.* 4.

(2) Qu'un bien proprement dit.

(3) La dénomination de pierres contient donc aussi les métaux; ce qui est constaté par l'épigramme sur la statue de Pescenninus-Neger dans Spartianus.

(4) C'est-à-dire, d'alun, qui est ainsi appelé par ce qu'il est puissamment astringeant.

(5) Quelques jurisconsultes lisent *nam valet*, et il faut nécessairement corriger cet endroit du texte, à moins qu'on ne dise que le sens est que la vente n'est valide qu'autant que le fonds de terre est vendu comme pupillaire, c'est-à-dire, en vertu d'un décret, et alors le mot *vero* est redondant.

nii possideant, consequens erit dicere non posse distrahi quasi prædium pupillare ».

« Idemque et si fuerit ex causa damni infecti jussus possidere (1) ». *d. l.* 5. §. 3.

IV. Ex constitutione Constantini, et prædia urbana, et mancipia, et cætera mobilia pretiosa, quorum venditio jure Pandectarum non solum permissa sed imperata erat, similiter prohibentur distrahi : eaque duntaxat quæ servata perirent, nec non animalia supervacua, alienanda sunt ». *l.* 4. *cod.* 5. 72. *quando decreto, etc.*

§. II. *Quæ alienationes interdicantur?*

V. Alienationes prohibentur, quocumque titulo fiant.

Hinc Valerianus et Gallienus : « Non solum per venditionem rustica prædia vel suburbana pupilli vel adolescentis alienare prohibentur; sed neque transactionis ratione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt. Igitur et tu, si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes : sed et si quid invicem ab eis eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes ». *l.* 4. *cod.* 7. 71. *de præd. et aliis reb. minor.*

Ergo nec in solutum dari res minorum potest. Unde ita Diocl. et Maxim. : « Si minor viginti-quinque annis, prædium rusticum, quum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti, dominium a te discedere non permittit senatusconsulti auctoritas ». *l.* 15. *cod. d. tit.*

Sed nec titulus sponsalitiæ largitatis a prohibitione excipitur.

Ita enim iidem imperatores : « Prædia rustica, quæ contra senatusconsultum data esse ante nuptias, sponsaliorum nomine, precum tuarum confessio ostendit, quum proprietas ad te propter juris interdictum transire non potuerit, in dominio mariti permansisse palam est ». *l.* 8. *cod. d. tit.*

Fundum autem legatum repudiare pupillus sine prætoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, quum res sit pupilli, nemo dubitat ». *l.* 5. §. 8. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

VI. Alienationis nomine etiam in hac prohibitione continetur, constitutio cujuslibet juris in rebus minorum, aut amissio juris ipsis quæsiti in re aliena.

(1) Ex secundo decreto.

posséder comme bien patrimonial, il faudrait dire qu'il ne pourrait pas être vendu non plus qu'un bien pupillaire ».

» Et il en est de même du fonds de terre qu'un pupille posséderait comme caution de dommages prévus (1) ».

IV. Par une constitution de Constantin, il est également défendu de vendre les maisons de ville, les esclaves et les meubles précieux, dont la vente était non-seulement permise, mais encore ordonnée par le droit des Pandectes, et cette constitution ne permettait de vendre que les animaux inutiles et les objets qui ne pouvaient pas être gardés sans péril.

§. II. *Quelles sont les aliénations interdites?*

V. Toutes les aliénations sont prohibées à quelque titre qu'elles soient faites.

C'est pourquoi Valérien et Gallien disent : « Il est défendu d'aliéner les biens d'un pupille ou d'un adolescent qui sont situés en campagne ou dans le voisinage de la ville, non-seulement par vente, mais encore par transaction sur un compte; par échange, à plus forte raison par donation; et enfin, par tout autre mode translatif de propriété, si ce n'est en vertu d'un décret. Si donc vous avez cédé à vos frères un fonds de terre par transaction, vous pourrez le revendiquer; mais si vous en avez reçu quelque chose vous-même en vertu de cette transaction, vous devez aussi le leur restituer ».

On ne peut donc pas donner en paiement les biens d'un pupille; c'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Si, étant mineur de vingt-cinq ans, vous avez donné un bien de campagne en paiement de ce que vous deviez, sans y être autorisé par un décret, l'autorité du sénatus-consulte ne permet pas que vous en perdiez la propriété ».

Il n'y a pas même d'exception à cette défense en faveur des largesses ou présens de fiançailles que fait un fiancé à sa fiancée.

Car les mêmes Empereurs disent aussi : « Les biens de campagnes que vous avez donnés avant le mariage à titre de fiançailles, contre les dispositions du sénatus-consulte, comme vous l'exposez dans votre requête, n'ont pas cessé d'être dans vos propriétés, puisque la loi vous défendait de les aliéner ».

» Un pupille ne peut pas non plus renoncer au legs qui lui a été fait d'un fonds de terre, sans un décret du préteur; car personne ne doute que ce ne soit une aliénation, puisque le fonds de terre appartenait au pupille ».

VI. Cette prohibition comprend aussi comme aliénation, la constitution d'un droit quelconque sur les biens d'un pupille, et la cession du droit qu'il avait sur les biens d'autrui.

---

(1) En vertu du second décret.

Igitur « nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit ususfructus pupilli ».

« An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam præbuerit hujus rei (1)? Et manifestum est restaurari debere ».

« Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usufructum vel usum alienare, quamvis oratio nihil de usufructu loquatur ».

« Simili modo dici potest nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti : quod et in fundo dotali placuit ». *l.* 3. §. 5. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Similiter hypotheca in rebus minorum prohibetur.

Et quidem, « si minor viginti-quinque annis emit prædia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere. Nam ubi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari ». *l.* 1. §. 4. *ibid.*

Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæsitum est, et ab initio obligatio inhæsit (2). Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est quin jus pignoris salvum sit (3). Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur ». *l.* 2. Paul. *lib. sing. ad orat. d. Severi.*

§. III. *Quas exceptiones patiatur prohibitio ?*

VII. Vidimus regulariter omnem alienationem rerum minoris fieri absque decreto prætoris non posse.

Excipit autem primo loco ab hac prohibitione oratio divi Severi, alienationes quæ ex voluntate parentis, ex cujus bonis res ad minorem pervenerunt, fiunt.

Et ita rescribit idem Severus cum Antonino : « Si probare potes patrem pupilli, cujus tutores convenisti, consensisse ut reddito tibi prædio, pretium reciperet; id, quod convenit, servabitur; neque enim in ea re auctoritas præsidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant ». *l.* 1. *cod.* 5. 72. *quando decreto opus non est.*

---

(1) Dum non utitur nomine pupilli.

(2) Id est, obligatio pignoris in re empta contracta est, non ex intervallo postquam res minoris facta est, sed *ab initio*, in ipso acquisitionis momento, et ex lege contractus. Hæc est prima ratio dubitandi. Verum ea neglecta, modo infra definit tale pignus non valere, nisi a principe confirmetur.

(3) Supple : quidni pariter et in hac specie, in qua a privato emit? Hæc erat secunda dubitandi ratio. Responsio autem et disparitatis ratio hæc supplenda est, nimirum pignus quod fisco constituitur, lege constituitur citra conventionem.

Ainsi, « on ne peut pas non plus aliéner un usufruit lors-même que le pupille n'aurait que cet usufruit sur la chose ».

» Ne perd-il donc pas un usufruit par le non usage, lorsque c'est la faute du tuteur (1) qui a déterminé la péremption de ce droit? Dans ce cas il est certain qu'il doit y être réintégré ».

» Mais si le pupille a aussi la propriété, il ne peut aliéner ni l'usufruit ni l'usage, quoique la constitution n'en fasse pas mention ».

» On peut dire de même qu'on ne peut pas imposer de servitudes sur le fonds de terre d'un pupille ou d'un mineur, non plus que faire remise de celles qui lui sont dues; et on l'a décidé ainsi, par rapport à un fonds dotal ».

Il est également défendu de donner les biens d'un mineur pour hypothèque.

Et même « si un mineur de vingt-cinq ans a acheté des fonds de terre à condition qu'ils resteraient obligés aux créanciers jusqu'à ce qu'il en ait payé le prix; suivant moi cette condition serait nulle, parce que dès que les fonds de terre ont été la propriété du mineur, ils ont cessé de pouvoir être obligés ».

» Mais il s'élève ici une difficulté, fondée sur ce que le gage a été acquis en même tems que la propriété, et y a été inhérent dès l'origine (2); toutefois s'il l'a acheté du fisc, il n'est pas douteux que le gage soit valide (3). Si donc une pareille espèce existe entre particuliers, il faut un rescrit impérial pour confirmer le gage ».

§. III. *Quelles exceptions souffrent cette défense?*

VII. Nous avons vu que regulièrement toute aliénation des biens d'un mineur était défendue sans décret du préteur.

Mais la constitution de Sévère en excepte d'abord les aliénations faites du consentement du père, des biens duquel la chose aliénée serait provenue.

Et le même Sévère dit, avec Antonin, dans un rescrit: « Si vous pouvez prouver que le père du pupille, dont vous avez actionné les tuteurs, a consenti à ce qu'il vous rendît votre fonds de terre et en reçût le prix, cette convention sera observée; car il n'est pas nécessaire que l'autorité du président intervienne dans cette affaire pour calmer l'inquiétude des tuteurs, s'ils ne font qu'exécuter les volontés du défunt ».

---

(1) Qui n'en a pas usé au nom de son pupille.

(2) C'est-à-dire, l'obligation du gage a été contractée sur la chose, non depuis qu'elle appartenait au mineur, mais dès l'origine, dans le même moment de l'acquisition, et comme condition du contrat. Telle est la première raison de douter; mais sans y avoir égard il décide plus bas qu'un pareil gage est nul, à moins qu'il ne soit confirmé par le prince.

(3) Ajoutez: pourquoi n'en serait-il pas de même dans cette espèce, où il a acquis d'un particulier? C'était la seconde raison de douter; mais on peut répondre, il y a cette différence, que le gage constitué au fisc est constitué par la loi sans convention.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Prædium rusticum vel suburbanum a minore viginti-que annis alienari sine decreto præsidis, nisi parentis voluntas, vel testatoris, ex cujus bonis ad minorem pervenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest ». *l.* 3. *cod. d. tit.*

Et quidem « Paulus respondit : et si testamentum patris postea irritum esse apparuit; tamen, tutores pupilli, sive curatores filii, nihil contra orationem divorum principum fecisse videri, si, secundum voluntatem defuncti testamento scriptam, prædium rusticum pupillare vendiderunt ». *l.* 14. Paul. *lib.* 9. *resp.*

Verum, et « si defunctus, dum viveret, res venales habuerit, testamento tamen non caverit, uti distraherentur, abstinendum erit venditione. Non enim utique qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahenda putavit ». *l.* 1. §. 3. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

VIII. In oratione excipitur 2°. alienatio rei quam minor cum alio homine communem habet, si socius ad divisionem provocet.

« *Communia* prædia accipere debemus, si pro indiviso communia sunt. Cæterum, si pro diviso communia sint, cessante oratione, decreto locus erit ». *l.* 5. §. 16. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usumfructum, magis est ut cesset hæc pars orationis, quæ de divisione loquitur : nulla enim communio est ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 2. *de omnibus tribunal.*

Item oportet ut non ipse minor socius ad divisionem provocaverit.

Hinc, « si pupillorum sint communia prædia, qui diversos tutores habent, videamus an alienatio locum habere possit? Et quum provocatio (1) necessaria sit, puto alienationem impediri. Neuter enim poterit provocare, sed ambo provocationem expectare. Item, si eosdem tutores habeant, multo magis quis impeditam alienationem dicet ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. « Inter omnes minores nec commune prædium sine decreto præsidis sententia senatusconsulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam provocante tantummodo majore socio, ejus alienationem et sine decreto fieri jam pridem obtinuit ». *l.* 17. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. minor.*

Quum alienatio rerum quas minor cum alio homine communes habet, eo solo, quo diximus, casu permittatur, hinc, « an obligari communia (2) possint, quæritur? Sed non puto sine decreto obli-

(1) Ad divisionem.

(2) An ea quæ minor communia habet, pro parte minoris obligari possint.

Ce qui s'accorde avec ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit : « Les biens de campagne ou des environs de la ville, ne peuvent, sous aucuns prétextes, être vendus par un mineur de vingt-cinq ans sans un décret du préteur, à moins que cette vente n'apparaisse avoir été ordonnée par le père ou le testateur, dont ces biens lui sont parvenus ».

Et même « Paul a répondu que, bien que le testament du père ait été déclaré nul dans la suite, cependant les tuteurs ou curateurs de son fils n'ont point contrevenu aux dispositions de la constitution en vendant un bien de campagne conformément à ce testament ».

Mais « quoique le défunt ait mis la chose en vente de son vivant, si cependant il n'a pas ordonné de la vendre par son testament, il faudra s'en abstenir ; parce que celui qui a voulu vendre lui-même, n'a pas pour cela voulu que son héritier vendît ».

VIII. La constitution excepte en second lieu l'aliénation de la chose que le mineur possède en commun avec un autre qui en poursuit la division.

» Nous devons entendre par biens communs, ceux qui sont possédés par indivis. Ceux qui sont divisés quoique communs, sont sujets au décret du préteur, la constitution de Sévère n'étant plus alors applicable ».

» Mais si un autre a la propriété du fonds dont le pupille a l'usufruit, le mieux est de dire que cette partie de la constitution relative à la division, n'est pas applicable, parce que la chose n'est pas commune ».

Il faut aussi que ce ne soit pas le mineur qui ait provoqué la division de la chose commune.

C'est pourquoi « si des fonds de terre sont communs entre des pupilles qui ont différens tuteurs, il faut examiner si l'aliénation peut en avoir lieu ; et comme la provocation (1) est nécessaire pour cela, je pense que cette aliénation est prohibée, parce que ni les uns ni les autres ne peuvent provoquer cette division, et qu'ils doivent tous l'attendre. S'ils ont les mêmes tuteurs, cette aliénation sera encore prohibée à plus forte raison ».

Ce qui s'accorde avec ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit : « Le fonds de terre commun entre mineurs ne peut pas être vendu sans décret du président d'après les dispositions du sénatus-consulte, parce que ce n'est qu'après provocation en division de la part d'un copropriétaire majeur que l'aliénation en peut avoir lieu sans décret ».

Comme l'aliénation des choses communes entre un mineur et une autre personne n'est permise que dans le cas où nous venons de parler, « on demande si des biens communs (2) peuvent être

(1) A la division.

(2) Si la partie des biens qui appartient au mineur peut être engagée.

ganda. Nam quod excepit oratio, ad hoc tandum pertinet ut perimatur communio; non ut augeatur difficultas communionis ». *l.* 8. §. 2. Ulp. *lib.* 5. *de omnib. trib.*

IX. Excipit 3°. eam oratio alienationem, quæ fit a creditore, cui pater minoris rem pignori dederat.

Quid si pupillus ipse? « Si pupillus dedit pignori ex permissu prætoris, nonnulla erit dubitatio an alienatio possit impediri. Sed dicendum est posse creditorem jus suum exequi : tutius tamen fecerit, si prius prætorem adierit ». *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

X. Denique generaliter omnis alienatio rerum minoris quæ non ex nuda voluntate minoris aut tutoris curatorisve ejus, sed ex necessitate proficiscitur, absque decreto valet.

Hinc Ulpianus. « Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Seio, a pupillo herede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate prætoris? Et putem, si quidem rem suam legavit, cessare orationem. Sin vero de re pupilli, dicendum erit locum esse orationi, nec inconsulto prætore (1) posse alienari ». *l.* 5. §. 4. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Sed si pater stipulanti fundum spoponderit, successeritque pupillus in stipulatum, fortius dicetur, sine prætoris auctoritate posse eum reddere. Idemque et si jure hereditario alii successerit, qui erat obligatus ». *d. l.* 5. §. 6.

« Eadem ratione, et si parens fundum vendidit, vel quis alius qui pupillus successerit, potest dici pupillum cætera venditionis (2) inconsulto prætore posse perficere ». *d. l.* 5. §. 7.

Contra, « si pupillus stipulanti spoponderit, an solvere possit sine prætoris auctoritate, et magis est ne possit : alioquin inventa erit alienandi ratio ». *d. l.* 5. §. 5.

XI. « Item quæri potest : si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur, an litis æstimatio oblata alienationem pariat? Et magis est ut pariat : hæc enim alienatio fuit non sponte tutorum ». *l.* 3. §. 2. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt.

(1) Qui inspiciet an magis expediat ei hereditas quam fundus.

(2) Id est, traditionem.

obligés ; mais, suivant moi, l'aliénation n'en peut avoir lieu sans décret, car l'exception de la constitution n'a pour but que de faire cesser l'indivision, et non d'en augmenter les difficultés ».

IX. La constitution excepte en troisième lieu l'aliénation faite par le créancier, à qui le père du mineur avait donné la chose en gage.

Que faut-il dire si c'est le pupille qui l'a lui-même engagée? « Si un pupille a donné une chose en gage avec l'autorisation du préteur, il est fort douteux que l'aliénation en puisse être empêchée ; mais il faut dire que si le créancier peut exercer son droit de gage, le plus sûr est qu'il se fasse autoriser par le préteur ».

X. Enfin, toute aliénation des biens du mineur faite non par la volonté seule du mineur, de son tuteur ou de son curateur, mais par nécessité, est valide quoique faite sans décret.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si un fonds de terre a été légué à Seius, ou si un pupille institué héritier a été chargé de le lui remettre en vertu d'un fidéicommis, on demande si ces tuteurs peuvent restituer ce fonds de terre sans l'autorisation du préteur : je penserais que si le testateur a légué sa propre chose, la constitution n'est point applicable ; mais que s'il a ainsi disposé de celle du pupille, il y a lieu de décider que la constitution est applicable, et qu'ils ne peuvent pas aliéner sans y être autorisés par le décret du préteur (1) ».

» Si le père a promis un fonds de terre par stipulation, et que son fils encore pupille ait succédé à la chose stipulée, il faudra dire à plus forte raison qu'il peut le livrer sans l'autorisation du préteur ; et l'on devra décider de même, s'il a succédé à un autre à titre d'héritier, par rapport à la chose obligée par le défunt ».

» Par la même raison, si un père a vendu un fonds de terre ou tout autre à qui un pupille a succédé, on peut dire que ce pupille peut exécuter le contrat sans être autorisé du préteur (2) ».

Au contraire « si un pupille a promis par stipulation, on demande s'il peut payer sans l'autorisation du préteur ; et le mieux est de dire qu'il ne le peut pas, par ce qu'autrement il pourrait aliéner ».

XI. « On peut également demander si, dans le cas où un fonds de terre pupillaire n'eût pas été restitué sur l'action en répétition qu'aurait intentée le tuteur, l'offre qu'on ferait de la valeur de la chose contestée en produirait l'aliénation : or, le mieux est de le décider ainsi, cette aliénation ne résultant point du fait ni de la volonté des tuteurs ».

« Il en faut dire autant du cas où des tuteurs ayant succombé sur la demande d'un fonds qui avait appartenu à leur pupille, l'au-

(1) Qui jugera s'il a plus d'intérêt à avoir le fonds de terre que l'hérédité.

(2) C'est-à-dire, la tradition.

Nam et hic valebit alienatio, propter rei judicatæ auctoritatem ». *d. l.* 3. §. 3.

XII. Hactenus de alienatione.

Similiter obligationes rerum minoris, quæ ex necessitate fiunt, absque decreto valent. Pignus igitur quod non conventione sed lege constituitur, recte in rebus minorum constituetur.

Inde hæc quæstio : « Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cujus pecunia fundus sit emptus? Et magis est ut salvum sit jus pignoris, secundum constitutionem Imperatoris nostri et divi patris ejus, ei pupillo cujus pecunia comparatus est (1) fundus ». *d. l.* 3. *pr.*

Et quidem non solum extraneo, sed ipsi tutori fundus pupillaris recte obligatur, quum non conventio, sed lex hanc obligationem parit.

Hinc, « non fit contra senatusconsultum, si cujus tutor creditori patris pupilli exsolvit, ut ejus loco succedat (2) ». *l.* 12. Marc. *lib. sing. ad formul. hyp.*

Et quemadmodum valet legale pignus, item non obstante senatusconsulto, « pignori tamen capi jussu magistratus vel præsidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest ».

« Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a prætore quis potest; et jus pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti; et ut procedat, juberi etiam possidere poterit. Hæ enim obligationes sive alienationes locum habent quia, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratuum (3) autoritate ». *l.* 3. §. 1. Ulpianus, *lib.* 35. *ad edict.*

XIII. Uno casu obligatio rerum minoris, quamvis nec ex lege nec ex magistratus auctoritate, sed ex nuda conventione proficiscatur, sustinetur; non quidem ipso jure, sed per exceptionem: scilicet quum pro ea pecunia res obligata est, quæ inservierit ad dimittendum creditorem alium, cui alia res erat nexa. Ipsam autem rem, quæ priori creditori nexa erat, illi cujus pecunia prior dimittitur, obligari ipso jure posse non dubitatur.

Hoc docet Ulpianus : « Si obligavit rem tutor sine decreto,

(1) Vid. supra, *lib.* 20. *tit.* 2. *in quib. caus. pign. tacit. n.* 3.

(2) Vid. supra, *lib.* 20. *tit.* 4. *qui potior in pign. n.* 6. ubi, ex constitutione Severi, in pignus creditoris succedit is qui ipsi pro debitore solvit hac lege ut in pignus succederet.

(3) Scilicet pignus conventionale duntaxat prohibetur, non vero judiciale, nec prætorium.

raient restitué; car cette aliénation sera valable à raison de l'autorité de la chose jugée ».

XII. Jusqu'ici nous avons parlé de l'aliénation.

Les biens du mineur peuvent être également obligés sans autorisation du préteur, dans le cas de nécessité. Le gage est donc régulièrement constitué sur les biens du mineur lorsqu'il l'est par la loi et non par convention.

De là cette question : « Si un fonds de terre a été acheté pour un pupille des deniers d'un autre pupille, et que ce fonds ait été livré, celui des deniers duquel il a été acheté peut-il le recevoir en gage de ses deniers? Le mieux est de dire que le gage doit être valide selon la constitution de notre Empereur et de son auguste père (1) ».

Et en effet, un fonds pupillaire est régulièrement obligé non-seulement envers un étranger, mais encore envers le tuteur lui-même lorsqu'il ne l'est pas par convention, mais en vertu d'une loi.

C'est pourquoi « le sénatus-consulte n'est pas violé lorsque le tuteur paie un créancier du père de son pupille, pour être mis en son lieu et place (2) ».

Et comme un pacte légal est valide, de même, nonobstant le sénatus-consulte, « un fonds pupillaire peut être reçu en gage avec l'autorisation du magistrat, du président, ou de tout autre autorité constituée; c'est ainsi qu'un fonds pupillaire peut être vendu ».

« Et même on peut être envoyé en possession des biens d'un pupille par le préteur, qui peut ordonner de les posséder comme gage, soit pour la conservation des legs, ou pour la garantie d'un dommage prévu, parce que ces obligations ou engagemens n'ont pas lieu par la volonté du tuteur ou du curateur, mais par l'autorité des magistrats (3) ».

XIII. Il y a un cas où l'obligation des biens d'un mineur subsiste, quoiqu'elle n'ait pas été contractée par la loi, ni par l'autorité du magistrat; mais par une nue convention, non pas de plein droit, mais par exception; c'est celui où la chose a été engagée pour une somme qui a servi à libérer le mineur d'un créancier, à qui elle était engagée. On ne doute pas même que la chose qui était engagée au premier créancier, ne puisse être obligée de plein droit envers celui qui l'a payé.

Ainsi l'enseigne Ulpien : « Si un tuteur a engagé une chose de

(1) Voy. ci-dessus, *liv.* 20. *tit. dans quels cas il y a lieu au gage tacite.*

(2) Voy. ci-dessus, *liv.* 20. *tit. de ceux qui ont privilege sur le gage, n.* 6, où il est dit qu'en vertu de la constitution de Sévère, celui qui a payé un créancier à condition de succéder à son droit de gage, y succède en effet.

(3) C'est-à-dire, que le gage conventionnel est seul prohibé, et que le gage judiciaire et le gage prétorien ne le sont pas.

quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus (1) : sed tunc quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor ». *l.* 7. §. 5. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Item videndum est an et obligare ei rem possit ? Et dicendum est, si eamdem sortem acceperit, nec gravioribus usuris, valere obligationem (2), ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat ». *d. l.* 7. §. 6.

Articulus II.

Quas personas spectet prohibitio ?

XIV. Quibuslibet minoribus hæc alienatio pigneratiove interdicitur. Constantinus exceperat nuptas mulieres, modo virorum subscriptio interveniret alienationi. Sed hanc constitutionem imperator Julianus abrogavit. *l.* 3. *cod. Theod.* 3. 1. de contr. empt.

Ex constitutione Justiniani, eorum, qui veniam ætatis impetraverunt, hac in re dissimilis conditio non est ac cæterorum minorum. *l.* 3. *cod.* 2. 45. de his qui ven. ætat.

XV. Item, quibuslibet minorum tutoribus et curatoribus hoc interdicitur. Unde etiam « si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an prætor adeundus sit, si obligare velit ? Et magis est ut debeat ».

« Pronior tamen esse debet prætor ad consentiendum patri ». *l.* 7. §. 2. Ulp. *lib.* 53. *ad ed.*

Consonat quod rescribunt Valerianus et Galienus : « Quum emancipatis vobis prædium acquisitum foret, alienari a patre eodemque curatore sine præsidis auctoritate non potuit : maxime si tanquam suum esset, non tanquam pupillare vendiderit (3). Itaque illibata vobis persecutio ejus manet ». *l.* 3. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. minor.*

---

(1) In hac specie, non eadem res cujus pignus ex pecunia novi creditoris luitur, ipsi obligatur ; sed alia : quod satis ostendunt verba legis, *rem obligavit tutor*..... et *acceptam pecuniam* (ab eo ipso cui sine decreto rem obligavit), *ei solvit* (alteri nempe) *qui sub pignore*, *etc.* Atqui, quum tutor, pignoris nomine, sine decreto rem minoris tradidit creditori, a quo mutuam pecuniam accepit ad luendum pignus alterius rei quæ jure erat alteri nexa ; non valet quidem ipso jure hoc pignus : verum posterior creditor per exceptionem *doli* hanc rem retinebit. Adversatur enim bonæ fidei, ut minor hanc rem repetat, nec reddat creditori pecuniam, ex qua factus sit locupletior, et pignus alterius rei luerit.

(2) Et quidem ipso jure. Nam, in hac specie, ipsa res quæ priori creditori jure obligata erat (puta, a patre minoris), novo creditori obligatur ; sicque fit ut magis pignus prioris creditoris in novum creditorem transferatur, quam res de novo obligetur. Contra in specie præcedenti.

(3) Idem tamen foret, etsi tanquam pupillare vendidisset.

son pupille sans décret, quoique l'obligation soit nulle, elle donne cependant lieu à l'exception du dol (1), mais c'est lorsque le tuteur a employé l'argent qu'il avait emprunté, à payer le créancier qui avait reçu la chose en gage ».

« Il faut aussi voir s'il peut lui engager la chose; et il faut dire que, s'il a reçu la même somme en principal et aux mêmes intérêts, l'obligation vaudra (2), et le droit du premier gage passera au second créancier ».

ARTICLE II.

Quelles personnes concerne cette défense.

XIV. Cette aliénation ou cet engagement sont interdits à toute espèce de mineurs. Constantin en avait excepté les femmes mariées, pourvu que leur mari eût souscrit l'aliénation; mais l'empereur Julien abrogea cette constitution.

Suivant la constitution de Justinien, la condition des mineurs qui ont obtenu dispense d'âge, ne diffère point à cet égard de celle des autres mineurs.

XV. Cette aliénation est aussi interdite à toute espèce de tuteurs ou curateurs de mineurs. C'est pourquoi, « on demande si un père, ou un aïeul tuteur de son fils ou petit-fils, doit aussi être autorisé par le préteur, à l'effet d'engager ses biens; et on répond que le mieux est de dire qu'il doit l'être ».

« Mais le préteur doit autoriser facilement un père dans ce cas ».

A quoi est conforme ce que disent Valérien et Gallien : « Puisqu'on vous a acheté un fonds de terre depuis votre émancipation, il n'a pas pu être aliéné par votre père, sous la curatelle duquel vous étiez alors, sans l'autorisation du préteur, surtout s'il l'a aliéné comme étant le sien, et non comme celui d'un pupille (3); ainsi il vous reste encore la faculté de le revendiquer ».

---

(1) Dans cette espèce, ce n'est pas la chose dont l'argent du nouveau créancier a éteint l'engagement, qui lui est engagée, mais une autre; ce qu'indiquent assez les termes de la loi *rem obligavit tut r..... et acceptam pecuniam* (l'argent reçu de celui à qui la chose a été engagée sans décret); *ei solvit* (à l'autre qui avait prêté sur gage). Or, comme le tuteur a engagé la chose du mineur sans autorisation au créancier, qui lui a prêté de l'argent pour libérer une autre chose engagée à un autre créancier, ce gage est bien nul en droit; mais ce dernier créancier pourra retenir la chose en vertu de l'exception du dol, parce que la bonne foi ne permet pas que le mineur la réclame sans rendre l'argent dont il est devenu plus riche, et au moyen duquel il a éteint un gage constitué sur l'autre chose.

(2) Et même de plein droit; car dans l'espèce la chose même qui avait été donnée en gage au premier créancier, par exemple, par le père du mineur, reste obligée envers le nouveau, et c'est ce qui fait que le gage du premier passe au second plutôt qu'il n'en acquiert un nouveau : c'était le contraire dans l'espèce précédente.

(3) Il en serait cependant de même s'il l'eût vendu comme bien pupillaire.

« Qui neque tutores sunt ipso jure, neque curatores, sed pro tutore negotio gerunt, vel pro curatore; eos non posse distrahere res pupillorum vel adolescentium, nulla dubitatio (1) est ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 2. *de omn. trib.*

XVI. De pupillis oratio loquitur. Quid de cæteris minoribus? Imo « sed si curator sit furiosi, vel cujus alterius non adolescentis, videndum est utrum jure veteri valebit venditio, an hanc orationem admittemus? Et puto, quia de pupillis princeps loquitur, et conjunctim tutoribus curatores accipiunt (2), pertinere. Et de cæteris puto ex sententia orationis idem esse dicendum ». *d. l.* 8. §. 1.

ARTICULUS III.

Ex quibus causis alienationes possit judex decreto suo permittere, et quæ requirantur ut ex hoc decreto facta alienatio valeat?

§. I. *Ex quibus causis permittatur alienandi decretum?*

XVII. « Ob æs alienum tantum (3), causa cognita, præsidali decreto, prædium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur ». *l.* 12. *cod.* 5. 71. *de præd. aliis reb. minor.* Dioclet. et Maxim.

Nihil autem interest an fiscale, an privatum æs alienum fuerit; an a patre ipsorum, an ab ipsis contractum.

Hinc Constantinus: « Si minores, vel ex patris nomine, vel ex suo, debitis duntaxat fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii: decreti interpositio a Constantiniano prætore celebranda est, probatis examinatisque causis, ut, patefacta rerum fide, firma venditio perseveret ». *l.* 18. *cod. d. tit.* 5. 71.

Quod « si æs alienum non interveniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendere, et vel alia comparare, vel certe istis carere, videndum est an prætor eis debeat permittere? Et

(1) Non solum enim propter senatusconsultum, sed quia, quum non sint tutores, nullam in res minoris auctoritatem habent.

(2) Haloander habet *accipiuntur;* sensus est: quamvis princeps de *pupillis* loquatur, tamen quum in hac constitutione conjungat tutoribus curatores, certe pertinet constitutio ad omnes minores, tam impuberes, quam adultos. Sed et de cæteris qui in cura sunt (puta, furiosis, prodigis, etc.) puto ex sententia orationis idem esse dicendum.

(3) Dicit *tantum;* quia hanc solam causam expressit oratio ex qua prætor permitteret alienationem prædiorum rusticorum minoris. Cæterum, ex sententia orationis, etiam ex aliis necessitatis causis, prætor hoc permittit, puta ex causa dotis: ut colligere est ex *l.* 61. §. 1. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.*

« Ceux qui ne sont ni tuteurs ni curateurs de droit; mais seulement chargés par eux de gérer les affaires de tutelle ou de curatelle, ne peuvent certainement point (1) aliéner les biens du pupille ou du mineur ».

XVI. La constitution ne fait mention que des pupilles; que faut il donc dire des autres mineurs? Que s'il s'agit du curateur d'un fou ou de tout autre que d'un adolescent, il faut voir si la vente était valide suivant l'ancien droit, ou s'il faut recourir à la nouvelle constitution; et je pense que l'Empereur parlant des pupilles, mais joignant les curateurs aux tuteurs, il faut étendre sa constitution aux adultes eux-mêmes (2), et appliquer les mêmes dispositions aux uns et aux autres ».

ARTICLE III.

Dans quels cas le juge peut permettre ces aliénations par son décret, et ce qui est requis pour que son décret les rende valides.

§. I. *Dans quels cas le juge peut permettre d'aliéner par son décret.*

XVII. Le président par son décret, rendu en connaissance de cause, ne permet d'aliéner un fonds de terre de province, et appartenant à un mineur, que pour aquitter des dettes (3) ».

Mais il est indifférent que le mineur soit débiteur du fisc ou d'un particulier, et que la dette ait été contractée par son père ou par lui-même.

Ainsi le dit Constantin : « Si des mineurs sont poursuivis pour des dettes contractées envers le fisc ou des particuliers, le préteur de notre ville rendra un décret en connaissance de cause, pour que la vente faite en vertu de ce décret, à l'effet d'éteindre les dettes reconnues légitimes, soit maintenu ».

Mais « s'il n'y a point de dettes, et que les tuteurs allèguent qu'il est avantageux pour le pupille d'aliéner un fonds de terre, soit pour en acheter un autre, ou parce qu'il est onéreux, le préteur

(1) Car ce n'est pas seulement en vertu du sénatus-consulte, et c'est aussi parce que n'étant pas tuteurs, ils n'ont aucune autorité sur les biens du mineur.

(2) Haloandre lit *accipiantur*. Le sens est que, bien que le prince ne parle que des pupilles, cependant comme il joint dans cette constitution les tuteurs aux curateurs, elle regarde certainement tous les mineurs tant impupères qu'adultes; et même tous ceux qui sont en curatelle comme fous, prodigues, etc. Je pense que tel est l'esprit de cette constitution.

(3) Il dit *tantum*, parce que la constitution n'exprime que le cas dans lequel le préteur permettra par son décret l'aliénation des biens de campagne des mineurs; mais, d'après l'esprit de cette constitution, il le permet dans d'autres cas urgens, par exemple, pour payer une dot, comme le fait induire la *l.* 61. §. 1. *ff. du droit de la dot.*

magis est ne possit. Prætori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum si æs alienum immineat. Proinde et si permiserit; ære alieno non allegato, consequenter dicemus nullam esse venditionem, nullamque decretum. Non enim passim distrahi jubere prætori tributum est; sed ita demum, si urgeat æs alienum ». *l.* 5. §. 14. Ulpianus, *lib.* 35. *ad ed.*

XVIII. Quid igitur « si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens; videndum an alienare eum non possit? Et imperator Antoninus et divus pater ejus in hæc verba rescripserunt, « *Quod* » allegatis, infructuosum esse fundum quem vendere vultis, mo- » vere vere nos non potest; quum utique pro fructuum modo » pretium inventurus sit ». *l.* 13. Paul. *lib. singul. ad orat. D.* Severi.

§. II. *Quæ requirantur alienatio rerum minoris ex decreto judicis facta valeat?*

Ut ex causa æris alieni aliisve æque necessariis, alienatio rerum minoris decreto magistratus facta valeat, quatuor concurrere oportet : nimirum 1°. ut magistratus fuerit competens; 2°. ut causa cognita, decretum intervenerit; 3°. ut non obreptum sit magistratui; 4°. ut tutor curatorve alienando, decreti fines non fuerit egressus.

Prima conditio. — *Ut magistratus sit competens.*

XIX. Ea in re is magistratus est competens, in cujus territorio res alienanda sita est; ut liquet ex *l.* 16. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. min.* infra n. 25.

Interdum tamen, etsi in ejus territorio res sita non est, competentem esse judicem docet Ulpianus. « Illud quæri potest : Si prætor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat quod fecit? Et putem valere, si modo tutela Romæ agebatur; et hi tutores eam quoque administrationem subierant ». *d. l.* 5. §. 12.

Certe venia ab ipso principe impetrata æquipollet decreto judicis competentis.

Unde Valerianus : « Illud requirendum est an adito principe Saturninus, vir clarissimus, specialiter jus venditionis acceperit. Ad instar enim præsidalis decreti concessio principalis accedit ». *l.* 2. *cod.* 5. 72. *quand. decret. opus.*

examinera s'il doit le permettre; et le mieux est de dire qu'il ne le doit pas, parce qu'on n'a pas donné au préteur la liberté de faire vendre à son gré les biens des mineurs, si ce n'est dans le cas où il a des dettes urgentes; d'où suit que s'il a permis d'en vendre, sans que ce motif fût allégué, nous serons fondé à dire que son décret et cette vente sont nuls, parce qu'il n'a pas le droit de donner arbitrairement cette permission, mais seulement dans le cas de dettes urgentes ».

XVIII. Que faut-il donc dire « s'il s'agit d'un fonds de terre stérile, pierreux, ou qui ne produit que des plantes empoisonnées. Ne peut-on pas permettre de l'aliéner? L'empereur Antonin et son père ont dit, dans un rescrit : « Ce que vous dites que le » fonds de terre que vous voulez vendre est infécond et ingrat, » ne peut nous déterminer, parce que le prix que vous en re- » tireriez serait nécessairement en raison de ses productions ».

§. II. *Ce qui est requis pour que l'aliénation des biens d'un mineur, faite en vertu d'un décret, soit valide.*

Pour que la vente des biens d'un mineur, faite en vertu d'un décret, et pour acquitter des dettes, ou pour tout autre motif d'urgence, soit valide, on requiert le concours de quatre choses. Il faut 1°. que le décret soit rendu par un magistrat compétent; 2°. que ce magistrat l'ait rendu avec connaissance de cause; 3°. qu'il ne soit pas obreptice; 4°. qu'en vendant ce fonds de terre le tuteur ou curateur n'en ait pas dépassé les bornes du décret ».

Première condition. — *Que le magistrat soit compétent.*

XIX. Pour qu'il y ait compétence du magistrat sur cette matière, il faut que le fonds de terre soit situé dans le territoire de sa juridiction, comme on le voit par la *l.* 16. *cod. des fonds et des autres choses appartenans aux mineurs, et que l'on ne peut aliéner sans décret*, ci-après *n.* 25.

Quelquefois cependant, le magistrat peut être compétent, quoique le fonds de terre ne soit pas situé dans son territoire, comme l'enseigne Ulpien : « On peut demander si la vente d'une possession située en province, est validement faite par la permission du préteur, et j'incline pour l'affirmative, si les tuteurs ont été donnés à Rome, et y administrent les biens de la tutelle ».

Cette permission, accordée par le prince, équivaut certainement à celle du magistrat compétent.

C'est pourquoi Valérien dit : « Il faut examiner si Saturninus, homme illustre, s'est en effet adressé au prince pour se faire investir du droit de vendre un bien de son pupille; car s'il en est ainsi, la permission du prince supplée au décret du président ».

Secunda conditio. — *Ut causæ cognitio interveniat.*

XX. « Si prædia minoris viginti - quinque annis distrahi desiderentur; causa cognita, præses provinciæ debet id permittere ».

« Idem servari oportet, et si furiori vel prodigi, vel cujuscumque alterius prædia curatores velint distrahere ». *l.* 11. Ulp. *lib.* 3. *de officio procons.*

Hinc Carus, Carinus et Numerianus rescribunt : « Minorum possessionis venditio, per procuratorem delato ad prætorem vel præsidem provinciæ libello (1), fieri non potuit; quum ea res confici recte aliter non possit, nisi apud acta causis probatis, quæ venditionis necessitatem inferant, decretum solenniter interponatur ». *l.* 6. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. min.*

XXI. Jam vero quæ in causæ cognitione versentur, docet Ulpianus. Ita ille : « Non passim tutoribus sub obtentu æris alieni permitti debuit venditio. Namque non esse viam eis distractionis tributam : et ideo prætori arbitrium hujus rei senatus dedit; cujus officio imprimis hoc convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri. Quærere ergo debet an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus quæ conveni possunt, vel in fructibus conditis, vel etiam in redituum spe atque obventionum. Item, requirat num aliæ res sint præter prædia quæ distrahi possint, ex quorum pretio æri alieno satisfieri possit. Si igitur deprehenderit non possunt aliunde exsolvi, quam ex prædiorum distractione, tunc permittet distrahi : si modo urgeat creditor, aut usurarum modus parendum æri alieno suadeat ». *l.* 5. §. 9. *lib.* 35. *ad ed.*

« Idem prætor æstimare debebit utrum vendere potius, an obligare permittat; nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione prædiorum fœnoris, quam quod opus sit ad solvendum æs alienum, aut distrahendum arbitrabitur; ne propter modicum æs alienum magna possessio distrahatur : sed si sit alia possessio minor, vel minus utilis pupillo, magis eam jubere distrahi, quam majorem et utiliorem ». *d. l.* 5. §. 10.

XXII. « Imprimis igitur, quoties desideratur ab eo, ut permittat distrahi, requirere debet eum qui se instruat de fortunis pupilli; nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia adseverare prætori solent necesse esse

(1) *Sur une simple permission du juge au bas d'une requête.*

Deuxième condition. — *Que le décret ait été rendu avec connaissance de cause.*

XX. « Si on demande la permission de vendre les biens d'un mineur de vingt-cinq ans, le président de la province ne doit l'accorder qu'avec connaissance de cause ».

« Il en est de même de ceux d'un fou ; d'un prodigue, ou de tout autre dont les tuteurs veulent vendre les biens ».

C'est pourquoi Carus, Numerianus et Carinus disent dans un rescrit : « La vente d'un héritage des mineurs, n'a pas pu être faite sur une simple permission du préteur ou du président de la province (1), au bas de la requête présentée par un procureur, puisqu'elle ne pouvait être régulièrement faite qu'en vertu d'un décret solennellement rendu après la discussion juridique des motifs qui en étaient la bâse ».

XXI. Ulpien va nous apprendre comment s'instruisait cete connaissance de cause, requise de la part du magistrat, « on n'a pas dû accorder aux tuteurs la permission de vendre, sur le prétexte de dettes vaguement alléguées ; car le sénatus-consulte n'a pas voulu leur fournir par là un moyen de pouvoir aliéner les biens du mineur ; mais il en a remis la décision à la prudence du préteur, dans le devoir duquel il est d'examiner si on ne peut se procurer d'ailleurs de l'argent pour atténuer les dettes du mineur. Il doit donc examiner s'ils n'ont pas de l'argent comptant, ou des créances exigibles, des fruits pendans, des revenus prêts à écheoir, ou enfin d'autres ressources prochaines. Il doit donc examiner aussi s'ils n'y a pas d'autres objets à vendre que des fonds de terre, et dont le prix pourrait également éteindre ces dettes. C'est donc après avoir reconnu que ces dettes ne pouvaient être payées que par la vente de ces fonds de terre, qu'il doit permettre cette vente ; et encore faut-il qu'il y ait urgence à payer ces mêmes dettes, ou que le mineur soit forcé de payer des intérêts exhorbitans ».

« Le préteur doit examiner aussi s'il ne convient pas plutôt de permettre de vendre les biens que de les engager, et même s'assurer qu'on n'aura pas reçu en engageant ou en vendant, plus qu'il ne fallait pour acquitter les dettes, afin qu'on ne vende pas un héritage d'un prix considérable pour payer une dette modique ; il devra donc faire vendre plutôt un objet moins précieux et moins utile au pupille, qu'un objet plus avantageux ou d'un plus grand prix ».

XXII. « Toutes les fois qu'on demande au préteur de permettre une vente, il doit chercher une personne qui prenne des informations sur la fortune du pupille, et ne pas s'en rapporter trop aux tuteurs ou curateurs, qui ont souvent intérêt à lui dé-

(1) Sur une simple permission d'usage au bas d'une requête.

distrahi possessiones, vel obligari. Requirat ergo necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium qui notitiam rerum pupillarium habet : aut, si nemo inveniatur, aut suspecti sint qui inveniuntur, jubere debet edi rationes, itemque synopsim (1) bonorum pupillarium, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit prætoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat ». *d. l.* 5. §. 11.

« Ne tamen titulo tenus tutores ære alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt, oportebit prætorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere; dareque viatorem qui ei renuntiet, pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio ». *d. l.* 5. §. 13.

Tertia conditio. — *Ut non opreptum sit judici.*

XXIII. « Etsi præses provinciæ decreverit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum prædium ; tamen, actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem ejus probari possit, senatus reservavit : quam exercere tu quoque non vetaberis ». *l.* 5. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. minor* Valer. et Gallien.

Similiter Ulpianus : « Manet actio pupillo, si postea poterit probari obreptum esse probari ».

« Sed videndum est utrum in rem, an in personam dabimus ei actionem. Et magis est ut in rem (2) detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores ». *l.* 5. §. 15. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Quarta conditio. — *Ut tutor fines decreti non fuerit egressus.*

XXIV. Alienatio rerum pupilli ex decreto judicis facta, ita valet, si tutor in alienando fines decreti non fuerit egressus.

Hinc Ulpianus : « Si prætor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra; an valeat quod actum est? Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit quam quod a prætore decretum est, nihil egisse ». *l.* 7. §. 3. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Quid ergo si prætor ita decrevit, *vendere obligareve* permitto? An possit liberum arbitrium habere quid faciat? Et magis est ut possit : dummodo sciamus prætorem non recte partibus suis

(1) *Un bref état.*

(2) Quasi nullius momenti sit talis alienatio, quæ ex decreto per obreptionem impetrato intervenit.

montrer la nécessité de vendre ou d'engager les biens de leur pupille. Il doit donc s'adresser à celui des parens ou des affranchis du pupille qui lui inspireront plus de confiance, ou à d'autres personnes qui connaissent parfaitement ses affaires; et s'il ne se trouve personne qui puisse remplir cet objet, et à qui il puisse s'en rapporter, il doit se faire rendre compte par bref état (1), des biens du pupille, et nommer un avocat qui puisse l'instruire sur la nécessité de la vente ou de l'engagement des biens pupillaires ».

« Cependant, afin que les tuteurs n'abusent pas du titre en vertu duquel ils demandent, et de l'argent qu'ils auront reçu sous prétexte d'éteindre une dette, il faut que le préteur s'assure avec soin de l'emploi de cet argent, emprunté pour l'acquit des dettes alléguées; et à cet effet, qu'il envoie quelqu'un, afin de l'informer si la somme a été exclusivement employée à l'objet pour lequel il a permis l'aliénation ou l'engagement ».

Troisième condition. — *Que le décret ne soit pas obreptice.*

XXIII. « Quoique le président de la province ait décreté l'aliénation ou l'engagement des biens ruraux d'un pupille, le sénatusconsulte lui réserve néanmois une action contre le tuteur ou le curateur, si la religion du préteur qui les a autorisés, a été trompée, et rien ne vous empêche d'invoquer cette action ».

Ulpien dit également, « le pupille a toujours action quand il peut prouver que le décret a été surpris à la religion du préteur ».

» Mais il faut examiner si cette action est réelle ou personnelle; et le mieux est de dire qu'on doit donner une action réelle (2) et non pas seulement une action personnelle contre les tuteurs ou curateurs ».

Quatrième condition.—*Que le tuteur n'ait pas dépassé les bornes du décret.*

XXIV. L'aliénation des biens du pupille, faite en vertu du décret du juge, est valide si son tuteur n'a pas, en vendant, passé les bornes du décret.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si le préteur a permis de vendre, et que le tuteur ait engagé, ou réciproquement, ce qu'il a fait sera-t-il valide? Mon opinion est que s'il a fait autre chose que ce que le préteur avait permis, ce qu'il a fait est nul ».

« Que faut-il donc dire si le préteur s'est ainsi énoncé dans son décret, je permets de vendre ou d'engager? Le tuteur pourra-t-il opter? Le mieux est de dire qu'il le peut; mais il faut savoir qu'alors le préteur est en défaut, parce qu'il devait lui même faire cette

(1) C'est-à-dire, un détail abrégé de ses biens.

(2) De même que si cette aliénation était nulle, comme faite en vertu d'un décret obreptice.

functum. Debuit enim ipse statuere et eligere utrum magis obligare an vendere permittat ». *d. l.* 7. §. 4.

ARTICULUS IV.

De effectu prohibitionis alienandi sine decreto.

XXV. Hujus prohibitionis effectus est, ut, quum alienatio nullas vires habeat, res alienatas pupillus vindicare cum fructibus possit.

Hinc Diocletianus et Maximianus : « Si prædium rusticum vel suburbanum (quod ab urbanis non loco, sed qualitate (1) secernitur), in pupillari ætate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto præsidis provinciæ in qua situm est, venumdedisti; secundum sententiam senatus consulti, dominium ejus, sive jus a te discedere non potuit, sed vindicationem ejus, et fructuum, vel bis non existentibus, condictionem competere constitit ». *l.* 16. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. min.*

Adversus quemcumque autem possessorem, hanc vindicationem competere patet, ut iidem rescribunt.

« Possessiones tuæ rusticæ, vel suburbanæ sine cognitione causæ et interpositione decreti contra senatusconsultum alienatæ, nec a secundo emptore recte tenentur, nisi statutum temporis spatium (2) intercesserit ». *l.* 3. *cod.* 5. 63. *si quis ignorans, etc.*

Fructus tamen a bonæ fidei possessore non condicentur.

Hinc Gordianus : « Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuæ distractæ sunt; conveni earum possessorem ut (si ita probaveris gestum) et possessio retrahatur et fructus universi revocentur : si non bona fide emptorem fuisse qui emit, constiterit ». *l.* 2. *cod. d. t.*

XXVI. Quum alienatio sine decreto facta omni destituatur effectu, consequens est minorem qui rem ita alienatam vindicat, non necesse habere ut doceat se læsum fuisse.

Hinc Diocletianus et Maximianus. « Si quidem sine decreto, minor annis patronus tuus rusticum prædium venumdedit, supervacuum est de vili pretio tractare, quum senatusconsulti auctoritas retento dominio; alienandi viam obstruxerit. Si vero jure interposito decreto venditionem vili pretio ejus possessionis, cujus vires ignorabat, fecit : juxta perpetui edicti auctoritatem in integrum restitutio, causa tamen cognita, ei præbetur (3) ». *l.* 11. *cod.* 5. 71. *de præd. et aliis reb. min.*

---

(1) Prædium enim non *rusticum*, sed *urbanum* dicitur quod ad habitationem destinatum est; quamvis non in urbe, sed ruri ædificium sit.

(2) Ad usucapiendum.

(3) Interpositio decreti non obstat restitutioni in integrum. Nec obstat

option; c'est-à-dire, juger lequel des deux était le plus avantageux à permettre ».

ARTICLE IV.

De l'effet de la défense d'aliéner sans décret.

XXV. L'effet de cette défense est que l'aliénation étant nulle, le pupille a le droit de revendiquer la chose aliénée et ses fruits.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Si, étant pupille, vous avez vendu un bien de campagne ou voisin de la ville [ce qui s'estime moins par le lieu que par la qualité (1)], sous l'autorisation de votre tuteur, ou étant adulte sous le décret du président de la province où la chose était située, la propriété n'a pas pu vous en être enlevée d'après l'esprit du sénatus-consulte; et vous avez la faculté de revendiquer la chose ou ses fruits s'ils existent, et, dans le cas contraire, il vous reste une action pour en exiger la valeur ».

Il est certain que cette revendication a lieu contre tous possesseurs, comme le disent les mêmes Empereurs dans un rescrit.

» Vos possessions de campagne ou voisines de la ville, qui ont été aliénées sans décret et sans connaissance de cause, contre les dispositions du sénatus-consulte, sont illégitimement possédées par le second acquéreur, à moins qu'il ne les ait possédées pendant le tems prescrit pour en acquérir l'usucapion (2) ».

On ne peut cependant pas revendiquer les fruits de la chose contre le possesseur de bonne foi.

C'est pourquoi Gordien dit : « Si vos possessions ont été vendues au mépris du sénatus-consulte, intentez action contre le possesseur à l'effet de vous faire restituer la possession des choses vendues, si vous prouvez qu'elles l'aient été ainsi, et même les fruits, à moins que l'acquéreur n'ait été évidemment de bonne foi ».

XXVI. Comme l'aliénation faite sans décret ne produit aucun effet, il faut dire que le mineur qui revendique la chose ainsi vendue, n'a pas besoin de prouver qu'il a été lésé.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Si votre patron, mineur de ving-cinq ans, a vendu sous décret un bien de campagne, il est inutile d'examiner s'il l'a vendu à trop vil prix, puisque l'autorité du sénatus-consulte lui en a conservé la propriété en lui en interdisant l'aliénation; mais s'il a vendu, en vertu d'un décret, une possession dont il ignorait la valeur, l'autorité de l'édit perpétuel permet de le restituer en connaissance de cause contre cette vente (3), s'il l'a faite à trop vil prix ».

(1) Car on appelle bien de campagne et non de ville, celui qui est destiné à être habité quoique la maison en dépendant ne soit pas dans la ville.

(2) Pour la prescription de long-tems.

(3) L'intervention du décret n'empêche pas la restitution en entier, et il

XXVII. Observandum ab hac vindicatione rerum quæ sine decreto alienatæ sunt, minorem exceptione *doli* excludi, si non refundat quod ex pretio in rem suam versum est.

Unde Paulus : « Quanquam autem neque distrahere neque obligare tutor pupillare prædium possit, attamen Papinianus, lib. 5 responsorum, ait (tutorem (rem) pupilli sine decreto prætoris non jure distrahere) : si tamen (inquit) errore lapsus, vendiderit, et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino prædium cum fructibus vindicanti, doli non inutiliter opponitur exceptio ; pretium ac medii temporis usuras, quæ creditoribus deberentur, non offerenti : si ex cæteris ejus facultatibus æs alienum solvi non potuerit ».

« Ego autem notavi : etsi solvi potuerit, si tamen illæ res salvæ erunt, ex quarum pretio æri alieno satisfieri potuit, dicendum est adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno ». *l.* 13. §. 1. Paul. *lib. sing. ad orat.* D. Sever.

Similiter Diocletianus et Maximianus : « Emptor autem, si probare potuerit ex cæteris facultatibus, obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates præterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumpseras, doli exceptionis auxilio pretium cum usuris quas præstitura esses, et sumptus meliorati prædii, servare tantummodo potest ». *sup. d. l.* 16. *v. emptor autem. Cod* 5. 71. *de præd. et aliis reb. minor.*

De pretio autem non tenetur minor ultra quod in rem ipsius versum est.

Hinc iidem Diocletianus et Maximianus : « Prædiorum, quæ sine decreto alienata sunt, dominium tibi persequenti præses opem feret. Apud quem si illuxerit, non universa prætia, quæ curatori tuo data sunt, in patrimonium tuum processisse : pro ea duntaxat pecuniæ parte te conveniri permittet, quam in facultates tuas erogatam esse constiterit ». *l.* 10. *cod. d. tit.*

XXVIII. Excluditur etiam exceptione, si major factus ratam habuit alienationem.

Hinc Gordianus : « Si sine decreto præsidis prædia tua a tutore tuo alienata sunt, nec speciali confirmatione (1), vel (si bona fide possessor fuisset), statuti temporis excursu id quod perperam est actum, fuerat stabilitum, præses provinciæ possessionem in jus tuum retrahet ». *l.* 2. *cod.* 5. 74. *si maj. fact.*

Si tamen in hac ratihabitione, ultra dimidiam justi pretii læsus est, poterit restitui.

---

quod cessat restitutio adversus solutionem ex decreto factam : casus enim specialis est ; quia æquum non foret ut, qui invitus solvit, iterum solvere cogeretur.

(1) Ratihabitione.

XXVII. Il faut observer qu'un mineur est débouté de cette revendication par rapport à ses biens vendus sans décret par l'exceptions du dol, s'il ne restitue pas le prix qu'il a reçu, ou qui a été employé dans ses affaires.

Ce qui fait dire à Paul, « quoiqu'un tuteur ne puisse ni vendre ni engager les biens de son pupille, Papinien dit cependant, *liv.* 5 *de ses réponses*, que si un tuteur ne peut vendre les biens de son pupille sans décret du préteur, néanmoins il les a vendus par erreur et en a versé le prix aux créanciers paternels, il peut quelquefois opposer à sa revendication l'exception du dol, à moins qu'il n'offre de rapporter le prix avec les intérêts qui auraient couru depuis qu'il a payé ces mêmes créanciers, s'il n'a pas pu payer autrement ceux dont il a éteint les créances ».

» J'ai observé que quand il l'aurait pu, si cependant il a conservé les choses dont le prix lui en aurait donné les moyens, il faut encore dire que l'exception du dol a lieu, puisqu'autrement le pupille profiterait du dommage causé à autrui ».

Dioclétien et Maximien disent également : « Si l'acquéreur peut prouver que vous n'avez pas pu payer autrement vos dettes ou les charges de vos biens, et que d'ailleurs vous ayez profité du prix de la chose vendue, il peut vous opposer l'exception du dol pour en recouvrer le prix avec les intérêts que vous auriez payés, et les dépenses qu'il a faites pour améliorer la chose vendue ».

» Mais le mineur n'est tenu à l'égard du prix, qu'à la concurrence de ce qui en a été employé dans ses affaires.

C'est pourquoi les mêmes Dioclétien et Maximien disent : « Le président viendra à votre secours pour recouvrer la propriété de vos biens vendus sans décret ; et s'il reconnaît que tout le prix n'en a pas été employé par votre curateur dans vos affaires, il ne vous condamnera à rapporter que la portion qui y aura été employée ».

XXVIII. Le mineur est aussi repoussé par une exception tirée de ce qu'il aurait ratifié l'aliénation depuis sa majorité.

C'est pourquoi Gordien dit : « Si votre tuteur a aliéné vos biens sans décret du président, et que vous n'ayez pas confirmé la vente (1), ou que le possesseur de bonne foi n'ait pas validé par sa possession cette même vente, le président de la province vous rétablira dans vos droits ».

Si cependant vous avez été lésé de plus de moitié du juste prix de la chose par votre ratification, vous pourrez être restitué contre cette ratification.

---

n'y a rien à conclure de ce que la restitution n'a pas lieu contre le paiement fait en vertu d'un décret, parce que c'est un cas particulier dans lequel il serait injuste que celui qui a payé malgré lui fût tenu de payer une seconde fois.

(1) Par votre ratification.

Sic accipe quod rescribit idem Gordianus : « Quum proponas curatorem patris tui non interposito præsidis decreto, prædium rusticum heredi creditoris, seu tutori ejus destinasse venumdare, eamque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuisse : si minore pretio distractum est prædium, et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperam venditioni consensum dedisse constiterit, non abs re erit superfluum pretii in compensationem deduci. Quod præsidis provisione fieri convenit; cujus solertiæ congruum est, si diversa pars bonam fidem non amplectatur, in arbitrio ejus ponere, an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut fœnebris pecunia cum competentibus usuris restituatur ». *l.* 1. *cod. d. tit.*

Speciali confirmationi seu ratihabitioni æquipollet quod refert Ulpianus : scilicet « illicite post senatusconsultum pupilli vel adolescentis prædio venumdato, si eo nomine apud judicem *tutelæ* vel utilis (1) actionis æstimatio facta est, eaque soluta, vindicatio prædii ex æquitate inhibetur ». *l.* 10. Ulp. *lib.* 6. *opin.*

Ex constitutione Justiniani, ratihabitio præsumitur ex silentio minoris aut heredis ejus per quinquennium ex quo major factus est. Tamen, si res titulo donationis, quæ non sit *propter nuptias* facta, alienata sit; non excludetur minor ex solo lapsa quinquennii, sed duntaxat per longi temporis possessionem. *l.* 3. *cod.* 5. 74. *si maj. fact.*

XXIX. Maxime autem excluditur minor, si postquam major factus est, res a bonæ fidei possessore fuerit usucapta, aut longo tempore possessa, ut jam vidimus. Idem adhuc docet Gordianus : « Si ea quæ in jura tutoris hereditario vel honorario titulo successit, possessionem tuam vendiderit : si ut pupillarem distraxit; emptor qui sciens a tutoris herede mercatus est, quum officium morte finiatur (2), alienam rem comparando, de temporis intervallo nullam potuit acquirere defensionem. Si vero ut suam distraxit, ignoransque rem alienam emptor comparavit, neque statim per traditionem possessionis dominus effectus est : sed tantummodo adversus te statuti temporis (quum te legitimæ ætatis esse non diffitearis), potest uti præscriptione ». *l.* 1. *cod.* 5. 73. *si quis ignorans, etc.*

Item Diocletianus et Maximianus : « Quoniam adversus emptorem (3), ad quem ex persona ejus, cui contra senatusconsultum

(1) *Curationis causa.*

(2) Tutor possessionem rusticam aut suburbanam alienare non potest. Multo magis, *quum officium* ejus *morte finiatur*, tutoris heres quamlibet rem pupillarem alienare non potest.

(3) Supple : actio petitur.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit le même Gordien dans un rescrit : « Puisque, d'après votre exposé, le curateur de votre père a vendu un héritage rural, sans décret du président, à l'héritier de son créancier ou à son tuteur, et que votre père a ratifié cette vente par erreur; si la chose a été vendue à vil prix, et qu'il soit constant que votre père ait ratifié cette vente par erreur, l'on ne sera point mal fondé à demander la compensation de la valeur réelle; auquel cas le président de la province examinera dans sa sagesse si la partie adverse n'est pas de bonne foi, et lui donnera le choix de restituer la chose avec les fruits qu'il en aura perçus, de manière cependant qu'on lui restitue également le prix qu'il m'en a payé avec les intérêts légitimes qui en sont encourus ».

Ce que rapporte Ulpien équivaut à la confirmation spéciale ou à la ratification. « Si un fonds rural appartenant à un pupille ou un mineur a été illicitement vendu depuis le sénatus-consulte, qu'on fait l'estimation de la chose sur l'action de la tutelle ou sur l'action utile (1), et que la valeur en ait été payée, l'équité ne permet pas de revendiquer la chose ».

Par une constitution de Justinien la ratification est présumée par le silence du mineur ou de son héritier pendant cinq ans après sa majorité. Si cependant la chose a été aliénée à titre de donation, que cette donation n'ait point été faite en vue de mariage, ce seul laps de cinq ans ne fera pas exclure le mineur, mais seulement une possession de long-tems ».

XXIX. Mais le mineur est surtout exclu de ce droit, si depuis sa majorité la chose a été prescrite par la possession de bonne foi, ou possédée pendant le tems fixé pour l'usucapion, comme nous l'avons déjà vu, et comme nous l'apprend encore le même Gordien. « Si celle qui a succédé au droit de votre tuteur, à titre d'héritière ou à titre honoraire, a vendu votre héritage comme bien pupillaire, l'acquéreur qui l'a achetée sciemment de l'héritier de votre tuteur, dont les fonctions avaient cessé par sa mort (2), a acheté ce qu'il ne pouvait pas vendre, et par conséquent ne peut exciper d'aucune exception; mais si cet héritier a vendu la chose comme lui appartenant, et que l'acquéreur l'ait achetée sans savoir qu'elle ne lui appartenait pas, la tradition ne lui en a pas transmis la propriété; mais seulement il l'a acquise contre vous par la prescription de long-tems, puisque vous-même avouez que vous aviez alors l'âge légal ».

Dioclétien et Maximien disent aussi : « Puisqu'on demande action contre l'acheteur (3) à qui la chose en litige a passé de la per-

(1) De la curatelle.

(2) Un tuteur ne peut pas aliéner un bien de campagne ou voisin de la ville; ainsi, et à plus forte raison, son héritier ne peut vendre aucune propriété du pupille lorsque la gestion du tuteur a fini par sa mort.

(3) Ajoutez *actio petitur*.

donata res est, justo titulo interveniente, ea res de qua lis est transitum fecit : requirere oportebit an, præsente priore domino, et majore effecto, sine controversia, bona fide, decennio vel absente viginti annis, qui quæstionem patitur, possessor fuisse monstretur. Quod si apud gravitatem tuam manifeste constiterit, sine ulla cunctatione habita, longi temporis præscriptione petitorem oportebit excludi ». *l. 4. cod. d. tit.*

XXX. Illud superest observandum quod, quamvis nullas vires habeat alienatio prædii pupillaris quod tibi tutor aut curator vendidit, tamen, « pignora sane, quæ ob evictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligavit, non prohiberis persequi ». *l. 9. cod. 5. 71. de præd. et aliis reb. minor. v. fin.*

TITULUS X.

De curatoribus furioso, et aliis extra minores, dandis.

Absoluta tractione de tutelis et de cura minorum, transeunt Pandectarum ordinatores ad alias curæ species, et maxime ad eam speciem curatorum, qui aliis personis dantur *extra minores.* Pauca subjunguntur de his curatoribus qui bonis duntaxat custodiendis dantur.

ARTICULUS I.

De curatoribus qui furioso et similibus personis præter minores ad bona ipsorum administranda dantur.

Circa hanc curatorum speciem videndum : 1°. ob quæ animi aut corporis vitia curatores dentur, et quibus personis ; 2°. quotuplex sit horum curatorum species, et qui possint ex hac causa curatores dari ; 3°. agemus de administratione hujus curationis, expendemusque quam vim habeant ab his curatoribus gesta ; 4°. quæremus de actionibus quæ ex hac curatione descendunt ; 5°. quando hæc curationis species finiatur.

§. I. *Propter quæ animi aut corporis vitia curatores dentur, et quibus personis, et quatenus ea vitia probari oporteat ?*

I. « Curatores, impleta legitima ætate, prodigis vel furiosis solent tribui ». *l. 1. cod. 5. 70, de curat. furios.* Anton.

Prodigos intelligimus quibus per prætorem bonis interdictum est.

« Moribus per prætorem his bonis interdicitur hoc modo : *Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, libe-*

donne à qui elle avait été donnée contre les dispositions du sénatus-consulte, quoiqu'il soit intervenu un titre juste, il faudra examiner s'il a possédé à la connaissance du propriétaire devenu majeur, et sans en avoir été inquiété pendant dix ans, ou en son absence pendant vingt ans; et si votre religion s'est crue suffisamment informée à cet égard, il faudra débouter le demandeur, sans autre examen, de son action, en vertu de la prescription de long-tems ».

XXX. Il nous reste à observer que bien que l'aliénation d'un bien pupillaire que vous a vendu le tuteur ou curateur soit nulle, cependant « vous avez le droit de poursuivre les gages que ce tuteur ou curateur vous a donnés sur son propre bien, en cas d'éviction ».

TITRE X.

Des curateurs à donner aux fous et autres non mineurs.

Après avoir achevé le traité de la tutelle et de la curatelle des mineurs, les rédacteurs des Pandectes passent à d'autres espèces de curatelles, et surtout à celle des curateurs qu'on donne à d'autres que des mineurs : ils joignent aussi à ce traité quelques observations sur les curateurs donnés seulement aux biens.

ARTICLE I.

Des curateurs qu'on donne aux fous et aux personnes autres que les mineurs, pour administrer seulement leurs biens.

Par rapport à cette espèce de curateurs, nous examinerons 1°. pour quels vices de corps ou d'esprit, et à quelles personnes on donne ces tuteurs; 2°. combien il y en a d'espèces, et quelles personnes peuvent être données pour curateurs de ce genre; 3°. quelle est l'administration d'une pareille curatelle, et quelle force ont les actes de ceux à qui elle a été confiée; 4°. quelles sont les actions qui naissent de cette curatelle; 5°. enfin, quand elle finit.

§. I. *Pour quels vices de corps ou d'esprit, et à quelles personnes on donne cette espèce de tuteur, et encore jusqu'à quel point les vices de corps ou d'esprit pour lesquels on les donne doivent être prouvés.*

I. « On a coutume de donner ces curateurs aux prodigues et aux fous quand ils ont atteints leur majorité ».

« Par prodigues nous entendons ceux à qui le préteur interdit l'administration de leurs biens ».

Le préteur a coutume de les interdire en cette forme : « Comme » vous dissipez les biens que vous ont laissés votre père et votre » grand-père, et réduiriez vos enfans à la misère par votre incon-

rosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem « tibi ea re (1) *commercioque interdico* ». Paul *sent. lib.* 3. *tit.* 4. §. 7.

Circa hujus interdictionis effectum Julianus scribit, eos, quibus per prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem; quia in bonis non habeant (2), quum eis deminutio sit interdicta ». *l.* 10. Ulp. *lib.* 16. *ad ed.*

Nec solum maribus, sed « et mulieri (3), quæ luxuriose vivit (4), bonis interdici potest », *l.* 15. Paul. *lib.* 3. *sent.*

II. « Sed et aliis dabit proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari jubebit. Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare (5) ». *l.* 2. Paul. *lib.* 1. *de offic. procons.*

Circa eos qui rebus suis superesse non possunt, nota quod « cæco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest ». Paul. *sent. lib.* 4. *tit.* 12. *v. fin.*

III. « Observare prætorem oportebit ne cui temere citra causæ cognitionem plenissimam, curatorem det; quoniam plerique, vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis, curatore accepto, onera civilia detrectent ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 1. *de omnib. tribun.*

Cæterum, hac in re pro certa probatione habebitur judicium patris. « His consequens est ut et, si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequi debeat prætor (6), eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset ut (nisi pater aliquid testamento cavisset), prætor eis bonis interdicturus esset? et maxime si filios habeat iste prodigus ».

« Potuit tamen pater et alias (7) providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa

(1) Cujacius legit *ære :* quod non probat Schultingius.

(2) Id est, non habere videntur; scilicet quoad disponendi facultatem.

(3) An hoc accipiendum de his duntaxat mulieribus quæ ex speciali privilegio suæ tutelæ essent? an de omnibus mulieribus puberibus; quia, quum res nec mancipi possent sine tutorum suorum auctoritate alienare, necessaria eis etiam erat bonorum interdictio, ne eas res prodigerent?

(4) Id est, profuse, *luxuriose vivere*, hic nihil est aliud quam prodigam esse; ut Fornerius noster recte notavit.

(5) Vid. infra, *n.* 9.

(6) Non est quidem jure datus : nulla enim est curatio testamentaria; ideoque a prætore dandus est hoc casu curator. Sed in eo dando debet prætor sequi voluntatem patris.

(7) Aliter quam per interdictionem bonorum.

» duite, je vous en interdis pour cette raison l'administration et » la disposition (1) ».

Par rapport à l'effet de cette interdiction, « suivant Julien ceux que le préteur a interdis ne peuvent transférer aucun droit à personne, parce qu'ils n'en ont plus eux-mêmes (2), toute aliénation leur étant interdite ».

Et ce n'est pas seulement aux personnes du sexe masculin, mais « encore aux femmes (3) qui dissipent leurs biens (4), que l'administration en est interdite ».

II. « Le proconsul donnera encore des curateurs à d'autres personnes, où leur en fera donner si elles abusent de leurs biens, et il ne pourra pas douter qu'un fils ne puisse être donné pour curateur à son père (5) ».

Par rapport à ceux qui ne peuvent pas administrer leurs biens, il faut observer qu'on ne peut pas donner un curateur à un aveugle, parce qu'il peut se constituer lui-même un procureur ».

III. « Le préteur devra observer de ne pas donner un curateur sans une pleine connaissance de cause, parce qu'il arrive souvent qu'on feint d'être atteint de folie ou de démence pour éviter les charges civiles, sous prétexte que l'on est en curatelle.

Mais sur cette matière on s'en tiendra au jugement du père, par rapport au fils, « d'après quoi, si le père a donné un curateur à son fils comme prodigue, le préteur doit se conformer à la volonté du père (6), et lui laisser le même curateur; mais doit-il le lui laisser de la même manière, du moins dans le cas où il eût dû l'interdire, si son père n'eût pas manifesté une volonté contraire par son testament, et surtout si ce prodigue a des enfans ».

« Le père eût cependant pu conserver par d'autres voies (7) ses biens à ses petits-fils, c'est-à-dire, en les instituant ses héritiers et en déshéritant son fils, sous la condition de lui fournir des alimens suffisans, et en alléguant les motifs de son exhéréda-

(1) Cujas lit *ære*, ce que Schulting n'approuve pas.

(2) C'est-à-dire, sont censés n'en plus avoir, n'en ayant plus la disposition.

(3) Ceci doit-il s'entendre seulement des femmes sorties de la tutelle par un privilége spécial, ou de toutes les femmes pubères, parce que leurs biens, mêmes dits *mancipi*, ne pouvant pas être aliénés sans l'autorisation de leurs tuteurs, il était nécessaire de leur en interdire la disposition pour empêcher qu'elles ne les prodiguassent.

(4) Qui dépensent avec profusion, ce qui n'est autre chose qu'être prodigues, comme l'observe notre jurisconsulte Fournier.

(5) Voy. ci-après, *n.* 9.

(6) Il n'est pas donné juridiquement, parce qu'il n'y a point de curatelle testamentaire; c'est pourquoi le préteur doit en donner un dans ce cas, mais en le donnant il doit se conformer à la volonté du père.

(7) Autrement que par l'interdiction de son fils.

necessitateque judicii (1) sui : aut si non habuit in potestate nepotes (quoniam emancipato jam filio nati fuissent), sub conditione eos heredes instituere, *ut* emanciparentur a patre prodigo. Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus (2) » ?

Sed per omnia (3) judicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus, propter aliquod forte suum vitium, idoneum putaverit ». *l.* 16. §§. 1, 2 *et* 3. Tryphonin. *lib.* 13. *disputat.*

IV. His qui illis vitiis laborant, ita demum curatores dantur, si patresfamilias sint; non si filiifamilias, quamvis peculium castrense habeant : ut ex Tertulliani jurisconsulti sententia definivit Justinianus. *l.* 7. *cod.* 5. 70. *h. t.*

Item, his demum propter hæc vitia curatores dantur, qui minorem ætatem egressi sint. Enimvero, « qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cœperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent. Quæ sententia quinti quoque Mucii fuit, et a Juliano probatur. Eoque jure utimur, ut cesset cura, si tutelæ ætas indulgeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur : sive non habent et furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt; quia lex XII Tabularum (4) ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat ». *l.* 3. *ff.* 26. 1. *de tut.* Ulp. *lib.* 37. *ad Sab.*

«Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus : idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi ætatis esset impedimentum. Et ita definiemus : Ei quem ætas curæ vel tutelæ subjicit, non esse necesse quasi dementi quæri curatorem : et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit; quum magis ætati, quam dementiæ tantisper sit consulendum ». *d. l.* 3. §. 1.

§. II. *Quotuplex sit horum curatorum species, et quinam dari possint ?*

V. « Curatores aut legitimi sunt, id est, qui ex lege XII Tab. dantur; aut honorarii, id est, qui a prætore constituuntur». Ulp. *fragm. tit.* 12. §. 1.

« Lex XII Tab. furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse adgnatorum ». *d. t.* §. 2.

---

(1) Ut ostendat hanc exheredationem ex officicio pietatis proficisci ; adeoque non possit testamentum ejus rescindi per querelam *inofficiosi.*

(2) Concludendum relinquit, non posse aliter hoc casu testatorem plene providere nepotibus suis, quam si curet patri ipsorum, tamquam prodigo, curatorem dari.

(3) Hic jam respondet quæstioni supra propositæ.

(4) Quum de furiosis loquitur, quibus curatores dari oportet : infra *n.* 5.

tion (1); ou si ses petits-fils n'étaient pas sous sa puissance, parce qu'il aurait émancipé leur père avant leur naissance, sous la condition que leur père les émanciperait; mais que faut-il dire si le père n'y eût pas consenti (2) ».

« Il faut se conformer en tout point, au sentiment du testateur (3), afin que celui, que le père aurait eu des motifs réels et plausibles de juger prodigue, ne soit pas jugé autrement par l'impéritie du magistrat ».

IV. On ne donne des curateurs à ceux qui sont dominés pour ces vices, qu'autant qu'ils sont pères de famille; on ne leur en donne pas s'ils sont fils de famille, quand même ils auraient un pécule castrense, comme l'a statué Justinien, d'après l'opinion de Tertullien.

On ne donne non plus des curateurs pour ces vices, que ceux qui ont atteint leur majorité. En effet, « si celui ou celle qui a un tuteur est atteint de folie, il reste en tutelle. Telle fut l'opinion de Q. Mucius, qu'a adoptée Julien, et ce droit est celui qui nous régit. C'est pourquoi, si ceux qui ont des tuteurs, ou qui n'en ont point encore, mais sont d'âge à en avoir, viennent à tomber en démence, on ne les met pas pour cela en curatelle; mais on leur donne des tuteurs, parce que la loi des XII Tables, à cet égard, n'a pas été étendue au pupille de l'un ou de l'autre sexe (4) ».

« Mais parce que les agnats des pupilles ne peuvent pas être leurs curateurs, j'ai pensé que si un mineur ayant moins de vingt-cinq ans était tombé en démence, il fallait lui donner un curateur, non comme fou, mais comme encore mineur; et nous déciderons qu'il n'est pas nécessaire de donner un curateur pour cause de folie, à celui qui est d'âge à avoir un tuteur ou un curateur. Ainsi l'a décidé l'empereur Antonin dans un rescrit, parce qu'il faut considérer en ce cas l'âge plutôt que la folie».

§. II. *Combien il y a d'espèce de ces tuteurs, et quelles sont les personnes habiles à l'être.*

V. « Les curateurs sont légitimes, c'est-à-dire, donnés en vertu » de la loi des XII Tables, ou honoraires, c'est-à-dire, donnés » par le préteur ».

« La loi des XII Tables ordonne de mettre les fous et les pro» digues interdits sous la curatelle de leurs agnats ».

---

(1) Pour prouver que cette exhérédation était dictée par la tendresse paternelle, et que le testament ne pût pas être attaqué comme inofficieux.

(2) Il laisse la conséquence à tirer, qui est que le testateur n'a pas pu pourvoir dans ce cas à ses petits-fils, autrement qu'en donnant un curateur à leur père comme prodigue

(3) Il répond déjà à la question ci-dessus proposée.

(4) Puisqu'elle ne parle que des fous ou furieux, à qui il faut donner des curateurs. Voy. ci-après, *n.* 5.

Sic enim habet ea lex : « *Si furiosus aut prodigus existat, ast ei custos nec escit* (1) : *agnatorum gentiliumque in eo pecuniave ejus potestas esto* ».

Ex constitutione Anastasii, fratres emancipati, quoad hanc curationem, sicut et quod fratrum suorum hereditatem, jura agnatorum habent. *l.* 5. *cod.* 5. 70. *h. t.*

Et hæc quidem de legitimis.

VI. Altera curationis furiosorum, prodigorum, similiumve personarum species, est dativa seu honoraria, quæ ex jurisdictione prætoris descendit.

De illa idem Ulpianus : « Lege XII Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed (2) solent hodie prætores vel præsides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando est dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Ea de re parentes etiam interdum principem adibant.

Nam et « divus Pius matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in hæc verba : « *Non est novum* quos-» dam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, » tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur » his, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos con-» silio regat. Nam æquum est prospicere nos etiam eis qui, quod » ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum ». *l.* 12. §. 2. *ff.* 26. 5. *de tut. et curat. dat.* Ulpianus, *lib.* 3. *de offic. procon.*

VII. Huic dativæ curationi tunc locus est, quum legitima cessat. Exemplum affert idem Ulpianus :

« A prætore constituitur curator, quem ipse prætor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti, male dissipant bona. His enim ex lege curator dari non poterat : quum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento (3) heres factus sit patri; libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, quum servilis cognatio nulla sit ». Ulp. *fragm. tit.* 12. §. 3.

Item dativæ curationi locus est, quum is ad quem legitima cura pertinet, non est habilis.

---

(1) Id est, curator ei non existat.

(2) Supple : eumque cui ita bonis interdictum erat, lex jubebat esse in curatione agnatorum gentiliumve. De casu autem quo nec agnatos nec gentiles ullos haberet, in quorum curatione esse posset, tacuerat lex : *sed hodie, etc.*

(3) Quare legitima cura tunc demum locum habet, quum furiosus extitit heres ab intestato patri ? Nimirum quum forte hunc casum expressisset lex, non crediderunt jurisconsulti posse eam ad alium casum porrigi.

Car voici ses termes : « Le fou et le prodigue, qui ne sont sous » la garde de personne (1), doivent être mis sous la curatelle de » leurs agnats et de leurs parens ».

Par la constitution d'Anastase, les frères émancipés ont les droits d'agnats, par rapport à la curatelle de leurs frères et de leurs biens.

Telles sont les dispositions relatives aux curateurs légitimes.

VI. L'autre espèce de curatelle des fous, des prodigues, ou autres personnes semblables, est dative ou honoraire, c'est-à-dire, donnée par le préteur.

A l'égard de cette curatelle, Ulpien dit : « La loi des XII Tables interdit au prodigue l'administration de ses biens, d'après l'usage établi de toute ancienneté; mais (2) aujourd'hui, les préteurs ou les présidens ont coutume de donner un curateur à celui qui ne met ni bornes, ni fin à ses folles dépenses, et qui dissipe ses biens, comme on en donne à un fou ».

Les parens s'adressaient aussi quelquefois au prince pour obtenir cette interdiction.

Car « Antonin-le-Pieux a lui-même admis la requête, tendante à obtenir un curateur pour un fils prodigue. Voici les termes de son rescrit : « Il n'est pas sans exemple que certains individus, » quoique paraissant sains d'esprit dans leurs discours, administrent cependant leur biens, de manière à tomber dans la détresse » si on ne venait à leur secours; il faut donc charger quelqu'un » de les conduire par ses conseils; car l'équité veut que nous subvenions aussi à ceux qui se conduisent comme s'ils étaient fous, » à l'égard de leurs biens ».

VII. Il y a lieu à cette curatelle dative, à défaut de la curatelle légitime. Ulpien donne un exemple de ce cas.

« Le préteur donne le curateur qu'il veut aux affranchis prodigues, ainsi qu'aux ingénus qui, héritiers par testament de » leur père, dissipent leurs biens; parce que la loi ne pouvait pas » leur donner de curateur, l'ingénu étant héritier de son père, » non *ab intestat*, mais par son testament (3), et l'affranchi ne » pouvant d'aucune manière être héritier du sien, puisqu'il est » censé n'avoir ni père ni famille ».

« Il y a aussi lieu à la curatelle dative, lorsque celui qui était appelé à la curatelle légitime, n'en est pas capable.

---

(1) C'est-à-dire, qu'ils n'ont pas de curateurs.

(2) Ajoutez *l.* 12. §. 2. *ff. des tuteurs et curateurs donnés.* Ulp. *des attributions du procons.*, la loi ordonnant aussi de mettre ceux qui étaient interdits sous la curatelle de leurs agnats ou de leurs parens, mais s'il ne se trouvait ni agnats ni parens, la loi était muette sur ce cas; et aujourd'hui, etc.

(3) Pourquoi la curatelle légitime n'a-t-elle lieu que quand le fou a été héritier *ab intestat* de son père? Peut-être parce que la loi n'ayant parlé que de ce cas, les jurisconsultes n'ont pas cru qu'elle s'étendait à d'autres.

Hinc « sæpe ad alium e lege XII Tab. curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii prætor administrationem dat : scilicet quum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur ». *l.* 13. Gaius, *l.* 3. *ad ed. prov.*

Creatur curator ex constitutione Justiniani, Romæ a præfecto urbi solo, si plebeius sit cui curator dandus est; si autem nobilis, debet præfectus urbi convocare senatum. In provinciis autem creatur curator apud præsidem coram episcopo et tribus primatibus civitatis. *l.* 7 et 27, *cod.* 1. 4. *de episc. aud.*

VIII. Curatio testamentaria nulla est. A patre tamen curator his personis datus, a magistratu confirmandus est.

V. G. « si furioso puberi, quanquam majori annorum viginti-quinque, curatorem pater testamento dederit, eum prætor dare debet, secutus patris voluntatem. Manet enim ea datio curatoris apud prætorem, ut rescripto divi Marci continetur ». *l.* 16. Tryph. *lib.* 13. *disput.*

Similiter constituit Justinianus ut curator, quem parens furioso heredi instituto vel exheredato dederit, confirmetur absque ulla satisdatione, paterno testimonio sufficiente : Romæ, a præfecto urbi; in provinciis, apud præsidem præsente episcopo et tribus civitatis primatibus. *sup. d. l.* 7 et *l.* 27. *cod.* 1. 4. *de episc. aud.*

IX. « His qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem proconsulem oportebit ».

« Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare. Quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit patrem a filio regi, attamen divus pius Justio-Celeri, item divi fratres rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis quam extraneum ». *l.* 12. *pp. et* §. 1. *ff.* 26. 5. *de tut. et curat. dat.* Ulpian. *lib.* 3. *de offic. procons.*

Et alibi : « Curatio autem ejus, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda : sed extat D. Pii rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tamen probus sit ». *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Similiter « furiosæ matris curatio ad filium pertinet; *pietas enim parentibus, et si inæqualis est eorum potestas, æqua debebitur* ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.*

At « virum uxori mente captæ curatorem dari non oportet (1) ». *l.* 14. Pap. *lib.* 5. resp.

(1) Ne deducantur nuptiæ in casum prohibitum ; prohibentur enim nuptiæ inter curatorem et eam quæ in ejus curatione est : et ne, si quandoque

C'est pourquoi, « très-souvent, la loi des XII Tables donnait la curatelle d'un fou ou d'un prodigue à l'un, et le préteur donne l'administration de ses biens à l'autre, parce que le premier n'avait pas la capacité requise ».

Le curateur est donné suivant la constitution de Justinien; savoir, à Rome seulement, par le préfet de la ville, si c'est à un plébéïen; et si c'est à un homme d'une famille noble, par le sénat, que le préfet de la ville convoquait à cet effet; mais dans les provinces, les curateurs sont donnés par le président, en présence de l'évêque et de trois des principaux de la ville.

VIII. Il n'y a point de curatelle testamentaire; mais cependant le curateur donné par le testament du père, doit être confirmé par le magistrat.

Par exemple, « si un père a donné par son testament, un curateur à son fils pubère, quoique majeur de vingt-cinq ans, parce qu'il était fou, le préteur doit lui donner ce même curateur, conformément à la volonté du père, d'après le rescrit de Marc-Aurèle ».

Justinien a également décidé que le curateur donné au fils par son père, soit qu'il eût institué son fils héritier, ou qu'il l'eût déshérité, devait être confirmé sans caution (la volonté du père devant suffire à cet égard), par le préfet de la ville à Rome, et dans les provinces, par le président en présence de l'évêque et de trois principaux de la ville.

IX. « Il faut que le proconsul donne un curateur à ceux qui ne sont pas capables d'administrer leurs biens ».

« Il ne doutera pas non plus, que le fils ne puisse être donné pour curateur à son père, bien que Celse et beaucoup d'autres jurisconsultes aient pensé le contraire, parce qu'il leur paraissait inconvenant qu'un père fût gouverné par son fils; cependant Antonin-le-Pieux, dans un rescrit adressé à Justius-Céler, et les deux frères ont dit qu'il fallait donner le fils pour curateur à son père, plutôt qu'un étranger, lorsque la conduite de ce fils méritait cette confiance ».

Il est encore dit ailleurs : « On prétendait qu'il ne fallait pas donner la curatelle d'un père interdit à son fils; mais il y a un rescrit d'Antonin le-Pieux, suivant lequel il vaut mieux la lui donner qu'à un étranger, parce qu'il s'en montre digne ».

« On peut également donner au fils la curatelle de sa mère en démence, parce que, bien que l'autorité de certains parens soit inégalement répartie entre eux, leurs descendans doivent avoir *pour eux, la même tendresse et les mêmes respects* ».

« Mais il ne faut pas donner le mari pour curateur à sa femme tombée en démence (1) ».

---

(1) Afin de ne pas mettre le mariage dans le cas prohibé; car il était prohibé entre le curateur et celle dont il gérait la tutelle; et aussi afin que dans

§. III. *De administratione horum curatorum, et quam vim obtineant, ab his gesta?*

X. Administrationi horum curatorum hæc prævia sunt; 1°. ut satisdent, nisi a patre furiosi fuerint nominati, aut eis (tanquam satis locupletibus) remissa sit; 2°. ut inventarium faciant. Addidit Justinianus: et jurent apud acta, se recte officio functuros. *l.* 27. *cod.* 1. *4. de episc. aud.*

Antequam his satisfecerit curator, si quid gesserit, nullum est. Si tamen in rem furiosi hoc versum fuerit, sustinebitur, ut in specie sequenti:

« Curator dementi datus, decreto interposito, uti satisdaret, non cavit, et tamen quasdam res de bonis ejus legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur *si non curator vendiderit*: replicatio dari debet, *aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit.* Quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli tutos possessores præstabit ». *l.* 7. §. 1. Jul. *lib.* 21. dig.

Item, « quum dementis curatorem, quia satis non dederat, et res male administraret, proconsul removerit a bonis, aliumque loco ejus substituerit curatorem: et hic posterior, quum nec ipse satisdedisset, egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei judicatæ inter se et curatorem utatur: heredibus replicatio danda erit, *aut si is, qui egit, satisderat.* Sed an replicatio curatori (2) profutura esset, judex æstimabit. Nam si curator sequens pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi vertisset, doli triplicatio obstabit ». *d. l.* 7. §. 2.

XI. Postquam his quæ diximus satisfecerit curator, administrare debet.

Hæc autem administratio porrigitur, non solum ad ea bona quæ furiosus habet, quum ei curator creatus est, sed et ad ea quæ postea ei adveniunt, quorum pariter curator inventarium facere debet. Igitur, si qua furioso hereditas defertur, si quidem ejus cui furiosus suus heres est, nulla dubitatio est; si autem extranei, dubitabatur olim quomodo furioso acquiri posset. Justinianus

---

resipuerit mulier, vir auctoritate maritali abutatur, ne (ut par est) rationes administrationis reddat.

(1) Recte Cujacius, *observ.* 25. 37. pro *curatori* legendum censet *heredibus.* Hanc lectionem ratio contextus demonstrat.

§. III. *De l'administration de ces curateurs et de l'autorité de leurs actes.*

X. Voici les formalités préalables à l'administration de ces curateurs; il faut 1°. qu'ils donnent caution, à moins qu'ils n'aient été nommés par le père du fils en démence, ou qu'ils en aient été dispensés à raison de leur insolvabilité; 2°. qu'ils fassent un inventaire; Justinien les oblige encore à promettre par serment judiciaire, qu'ils rempliront exactement leurs fonctions.

Tout ce que fait un curateur, avant d'avoir rempli ces préalables, est nul. Si cependant ce qu'il a fait, a tourné au profit de l'interdit, il doit être maintenu, comme on le voit dans l'espèce suivante.

« Un curateur donné à un fou par décret, et à la condition de fournir caution, a cru pouvoir s'en dispenser, et cependant il a légalement aliéné quelques-uns des biens. Si les héritiers revendiquent ces biens vendus par le curateur, et qu'on leur oppose l'exception tirée de cette vente; ils répliqueront qu'ils les a vendus sans donner la caution imposée par le décret; mais si le curateur a acquitté des dettes au moyen du prix de cette vente, il a mis ainsi les acquéreurs en sûreté, lesquels pourront alors répliquer par l'exception du dol ».

Et « si le proconsul a destitué et remplacé le curateur d'un fou, parce qu'il n'avait point donné caution, et qu'il avait malversé dans son administration, le curateur remplaçant ayant intenté l'action de la gestion des affaires contre le remplacé, sans avoir lui-même donné caution; et les héritiers du fou ayant intenté la même action contre lui, s'il use de l'exception de la chose jugée entre l'ancien curateur et lui, il faudra accorder aux héritiers la réplique, tirée de ce qu'il n'a point donné caution; mais on examinera si cette réplique pourra leur profiter (1), parce que si le second curateur a employé dans leurs affaires, l'argent qu'il avait retiré des condamnations prononcées contre le premier, elle ne leur profitera pas ».

XI. Le curateur doit administrer après avoir rempli les formalités ci-dessus.

Et cette administration s'étend, non-seulement aux biens qu'avait le fou quand on lui a donné un curateur, mais encore à ceux qui lui seront advenus depuis, dont le curateur doit pareillement faire inventaire; si donc il a été déféré une hérédité à ce fou, il n'y a aucun doute si c'est l'hérédité de la personne dont ce fou était héritier sien; mais si c'est l'hérédité d'un étranger, on a examiné

---

le cas où la femme recouvrerait sa raison, son mari n'abusât de son autorité pour ne pas rendre exactement ses comptes.

(1) Cujas pense avec raison, *observ.* 25, 37, qu'au lieu de *curatori* il faut lire *heredibus*. C'est ce que démontre le sens du contexte.

autem constituit ut hoc casu ad officium curatoris pertineat bonorum possessionem; quæ antea ex decreto dabatur (1) agnoscere furiosi nomine. *l.* 7. *cod.* 1. 4. *de episc. aud.*

Ad officium etiam hujus curatoris pertinet revocare si quid furiosus, antequam ei curator daretur, alienavit.

Hinc Gordianus : « Si pater tuus mentis compos non est, pete ei curatores : per quos, si quid gestum est, quod revocari oporteat, causa cognita in pristinum statum restitui (2) possit ». *l.* 3. *cod.* 5. 70. *h. tit.*

Denique « consilio et opera curatoris tueri (3) debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi ». *l.* 7. Julian. *lib.* 21. dig.

XII. Vidimus quæ complectatur administratio his curatoribus demandata ».

Quædam autem hujus administrationis fines excedunt.

V. G. « ab agnato vel alio curatore furiosi, rem furiosi dedicari non posse constat. Agnato enim furiosi non usquequaque competit rerum ejus alienatio, sed quatenus negotiorum exigit administratio ». *l.* 12. Marcell. *lib.* 1. dig.

Item curator furiosi nullo modo libertatem præstare potest; quod ea res ex administratione non est. Nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat. Et ideo, si donandi causa alienet, neque traditio quicquam valebit, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione judicis faciat ». *l.* 17. Gaius, *lib.* 1. *de manum.*

Item eo demum casu « pignus a curatore furiosi datum valet, si utilitate furiosi exigente id fecit ». *l.* 11. Paul. *lib.* 7. *ad Plaut.*

Denique : « orationis divi Severi beneficium, quo possessiones rusticas sine decreto præsidis pupillorum seu adolescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non injuria etiam ad adgnatum furiosi porrigitur. Si igitur citra decretum præsidis fundus mente capti etiam ab agnato ejus tibi pignoris nexus est, vinculum pignoris in eo non consistit. Utilem tamen adversus eum personalem actionem, si ob ejus utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris (4) habere ». *l.* 2. *cod.* 5. 70. *h. t.* Gord.

XIII. Ex dictis patet quam vim et auctoritatem habeant ab his

(1) De qua vid. *tit.* 3. *de bonor. poss. quæ fur.* infra, *lib.* 37.

(2) Furiosus enim, etiam priusquam habeat curatorem, nihil utiliter gerere potest, quum non habeat voluntatem : et ea in re furiosus differt a prodigo.

(3) Passive.

(4) Ut ex contractu tutoris, *utilis* in pupillum actio datur (supra, *lib.* 26. *tit.* 9. *quando ex facto tut.*), ita hic ex contractu curatoris in mente captum.

autrefois comment elle pourrait lui être acquise, et Justinien a décidé que dans ce cas, le curateur pouvait accepter la possession des biens, qui préalablement lui devait être donnée par décret (1) ».

Ce curateur a aussi autorité pour révoquer les donations que le fou aurait faites avant d'être constitué en curatelle.

C'est pourquoi Gordien dit : « Si votre père est tombé en démence, faites-lui donner des curateurs qui puissent faire révoquer en connaissance de cause, ce qu'il aurait déjà fait de révocable (2) ».

Enfin, « le curateur donné à l'individu atteint de folie, doit non-seulement ses démarches (3) et ses peines aux biens, mais encore ses conseils et ses soins à la personne ».

XII. Nous avons vu quelle était l'étendue de l'administration confiée à ces curateurs.

Mais il y a des choses qui en excèdent les bornes.

Par exemple, « il est constant qu'il n'est pas permis au curateur d'un fou, ni même à son agnat ou à tout autre, de consacrer ses biens, parce que l'agnat d'un fou ne peut pas aliéner ses biens, et qu'il n'est autorisé qu'à administrer ses affaires »

Et « le curateur d'un fou ne peut d'aucune manière donner la liberté aux esclaves de cet individu, parce que cette faculté n'entre pas dans son administration, et qu'en disposant ainsi de ses biens, il les aliène au lieu de les administrer. C'est pourquoi, s'il les aliénait par donation, la tradition en serait nulle, à moins que le juge n'ait estimé en connaissance de cause, que cette alinéation était d'une utilité majeure ».

C'est aussi dans ce seul cas que « le curateur d'un fou peut validement donner un gage, si cela est utile au fou».

Enfin, « le bénéfice de la constitution de Sévère, qui défend d'aliéner et d'engager les biens ruraux des pupilles ou des adolescens, sans décret du président, ne s'étend pas jusqu'à faire injure à leurs agnats. Si donc, le fonds de terre d'un homme en démence vous a été engagé sans décret du président par son agnat, cet engagement est nul. Vous aurez contre lui une action personnelle utile, si l'argent que vous avez prêté a été employé utilement pour ses affaires (4) ».

XIII. On voit, par ce qui vient d'être dit, quelle est l'autorité

(1) Sur quoi voyez le titre *de la possession des biens déférée à ceux qui sont en démence, etc.*, ci-après, *liv.* 37.

(2) Parce que ce que fait un fou, même avant qu'il ait eu un curateur, est nul, puisqu'il n'a pas de volonté, en quoi il diffère du prodigue.

(3) *Tueri* est pris ici passivement.

(4) De même que du contrat du tuteur il naît une action contre le pupille, comme on l'a vu ci-dessus, *tit. quand par le fait du tuteur, etc.*; de même aussi il en naît une du contrat du curateur contre le fou.

curatoribus gesta. Nimirum curator furiosi similiumque personarum, ex gestu suo obligare res ipsorum et alienare potest. Hoc ita, si habeat animum gerendi negotium furiosi. Nam « curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit, et dominium transferre (1) : rem vero furiosi, si quasi suam tradat, dicendum ut non transferat dominium; quia non furiosi negotium gerens tradidit ». *l.* 10. §. 1. Ulp. *lib.* 16. *ad ed.*

XIV. Quum autem plures curatores sunt, quæsitum est an ratum sit quod ab uno gestum est? V. G. « quæsitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvatur, vel an unus rem furiosi alienare possit? Respondi, recte solvi : eum quoque qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi legitime (2) mercaretur, usucapturum : quia solutio, venditio, traditio, facti magis quam juris (3) sunt; ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire. Denique si præsens sit, et vetet solvi, vetet vænire, vel tradi : neque debitor liberabitur, neque emptor usucapiet ». *l.* 7. §. 3. Jul. *lib.* 21. dig.

§. IV. *De actionibus quæ ex hujus curæ administratione descendunt.*

XV. « Cum furiosi curatore, non tutelæ, sed negotiorum gestorum actio est (4), quæ competit etiam dum negotia gerit : quia non idem in hac actione, quod in tutelæ actione dum impubes est is, cujus tutela geritur, constitutum (5) est ». *l.* 4. §. 3. *ff.* 27. 3. *de tut. et rat. distr.* Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

Privilegiata est actio. Etenim « in bonis curatoris, privilegium furiosi furiosæve servatur. Prodigus et omnes omnino, etiamsi in

(1) Fingendum est curatorem scivisse hanc rem suam esse; et vendidisse eam quasi esset furiosi, forte quia emptor noluisset emere, si scivisset rem esse curatoris. Quod si curator ignorasset rem esse suam, dominium non transferret : ut videb. *tit.* 1. *de acq. rer. dom.* infra, *lib.* 41.

(2) Decreto prius interposito. Videtur autem hæc vox *legitime* interpolata a Triboniano. Julianus enim scribebat ante tempora D. Severi, qui primus solennitatem decreti in alienationibus fundorum pupillarium invexit.

(3) Id est, ex ipso facto per se consistunt, nec desiderant juris solennitatem. Ergo quæ juris solennitatem desiderant, nimirum *actus legitimi*, non possunt nisi per omnes curatores expediri.

(4) *Utilis* scilicet.

(5) Absurdum enim esset mortem furiosi expectandam, ut ipsi actio competere possit. Cæterum clarissimus Struvius in sua legum conciliatione, ad *h. l.* scribit, eam sic accipiendam esse, ut ex aliqua obligatione speciali adversus curatorem agi possit, durante cura; non ut universas curæ rationes reddat.

des actes passés par ces curateurs ; c'est-à-dire, que le curateur d'un fou, et autres personnes semblables, peuvent obliger leurs biens et même les aliéner ; mais qu'il faut pour cela qu'il ait l'intention de faire leurs affaires ; car, « le curateur d'un fou peut vendre et livrer sa propre chose comme chose du fou, et en transmettre la propriété (1) ; mais s'il livre la chose du fou comme sienne, il faut dire qu'il n'en transmet pas la propriété, parce qu'il ne l'a pas livrée dans l'intention de faire l'affaire du fou ».

XIV. Mais s'il y a plusieurs curateurs, on demande si ce qui a été fait par un seul doit être ratifié. Par exemple, « on a demandé si on pouvait régulièrement payer à un des curateurs d'un fou, ou si chacun d'eux avait le droit d'aliéner, j'ai répondu affirmativement, et que même celui qui avait acheté légitimement d'un des curateurs (2), pouvait acquérir l'usucapion, parce que le paiement, la vente et la tradition, étaient des choses de fait plutôt que de droit (3), pour lesquelles il suffisait de la personne d'un des curateurs, l'autre étant censé consentir. Enfin, si l'autre est présent, il doit défendre de payer, de vendre et de livrer, auquel cas le débiteur ne sera point libéré, et l'acheteur n'acquérera pas l'usucapion ».

§. IV. *Des actions qui naissent de l'administration de cette curatelle.*

XV. « On a contre le curateur, non pas l'action de la tutelle, mais l'action (4) de la gestion des affaires qui a lieu, même pendant qu'il fait les affaires, parce qu'il n'en est pas de cette gestion comme de celle d'un impubère (5) ».

Cette action est privilégiée ; car « on conserve un privilége sur les biens du curateur d'un fou, d'une folle et d'un prodigue, ainsi que tous autres dans le même cas conservent également un privi-

---

(1) On suppose que le curateur a su que la chose était la sienne en la vendant comme celle du fou ; par exemple, parce qu'on ne l'eût pas achetée comme la sienne ; car s'il l'eût ignoré, il n'en eût pas transmis la propriété, comme on le verra au titre qui traite *de la manière dont s'acquiert la propriété des choses*, *liv.* 41.

(2) Après avoir obtenu le décret. Mais ce mot *légitime* paraît avoir été interpolé par Tribonien ; car Julien écrivait avant le tems de Sévère, qui, le premier, introduisit la formalité d'un décret pour aliéner les biens des pupilles.

(3) C'est-à-dire, subsistent par le fait seul et sans les formalités du droit ; d'où suit que celles qui exigent les formalités du droit, c'est-à-dire, les actes légitimes, doivent être faites par tous les curateurs.

(4) C'est-à-dire, l'action utile.

(5) Car il serait absurde de dire qu'un fou n'aurait action qu'après sa mort. Mais le célèbre Struvius dit, dans *sa Conciliation des lois*, que celle-ci doit s'entendre en ce sens, qu'on a une action particulière contre le curateur pendant la curatelle, mais non action pour lui en demander le compte général.

edicto non fiat eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur ». *l.* 15. §. 1. Paul. *lib.* 3. *sent.*

§. V. *Quando finiatur hæc curatoris species?*

XVI. Finito morbo, finitur hæc curatio. Igitur V. G. furiosus aut prodigus « tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit, ipso jure (1) desinunt esse in potestate curatorum ». *l.* 1. *v. tandiu*, Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Remisso autem furore, an curatio finiretur, an duntaxat suspenderetur, apud veteres disputatum fuisse tradit Justinianus. Definitque suspendi duntaxat eo casu curationem. *l.* 6. *cod.* 5. 70. *h. tit.*

ARTICULUS II.

De altera specie curatorum, qui bonis duntaxat custodiendis dantur.

XVII. « Dum deliberant heredes instituti adire, bonis a prætore curator datur ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

Item quum is qui in utero est, speratur heres, « bonorum ventris nomine curatorem dari oportet. Eumque *rem salvam fore* viri boni arbitratu satisdare proconsul jubet. Sed hoc, si non ex inquisitione detur : nam si ex inquisitione, cessat satisdatio ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 6. *de offic. proc.*

Nota. « Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive, magna est differentia. Quippe quum illis quidem plane rerum administratio; duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quæ deteriores futuræ sunt, venditio, committitur ». *l.* 48. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Hermog. *lib.* 1. *juris epit.*

Est adhuc et aliud curatorum genus, qui neque administrandis neque custodiendis, sed distrahendis bonis dantur : de quibus *vid. tit.* 8. *de curat. bon. dand. infra lib.* 42.

APPENDIX AD LIBROS XXVI ET XXVII.

De tutela fœminarum puberum.

I. Mulieres, quamvis puberes, sub tutela olim fuisse docet Ulp. : « Tutores constituuntur tam masculis quam fœminis : sed masculis quidem, impuberibus duntaxat propter ætatis infirmitatem; fœminis autem tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmi-

(1) Ita tamen (ut interpretatur Wissembachius) si prætor, causa cognita, judicaverit eum sanos mores recepisse.

lége sur les biens de leurs curateurs, nonobstant le silence de l'édit à cet égard ».

§. V. *Quand finit cette espèce de curatelle.*

XVI. Cet curatelle finit avec les causes qui y ont donné lieu. Ainsi, par exemple, « un fou et un prodigue resteront en curatelle, tant que l'un sera fou et l'autre prodigue; mais, dès qu'il cesseront de l'être, ils cesseront aussi de plein droit d'être sous la puissance de leur curateur (1) ».

Toutefois, suivant Justinien, les anciens n'ont pas été d'accord sur la question de savoir, si dans les intervalles lucides du fou, la curatelle cesserait, ou serait seulement suspendue; et il décide qu'elle doit être seulement suspendue.

ARTICLE II.

De la seconde espèce de curateurs que l'on donne seulement aux biens.

XVII. Pendant que les héritiers institués délibèrent sur l'adition d'hérédité, le préteur donne un curateur aux biens ».

Et tant qu'on est dans l'attente de la naissance d'un héritier encore dans le sein de sa mère, « il faut aussi donner un curateur au ventre, et auquel le proconsul fait donner caution de conserver les biens en bon père de famille; mais ce n'est que quand ce curateur n'est pas donné après information, car s'il a été donné après information on ne l'assujettit point à cette caution ».

Remarque. « Il y a une grande différence entre le curateur donné aux biens et au ventre, et celui qu'on donne à un fou, à un prodigue ou à un pupille; car on confère à la vérité l'administration des biens à ceux-ci; mais on donne à ceux-là seulement la garde de ces mêmes biens, et la faculté de vendre les choses qui se détériorent ».

Il y a encore une autre espèce de curateurs qui ne sont constitués ni pour la conservation ni pour l'administration des biens, mais pour les vendre; sur quoi *v. tit.* 8, *des curateurs donnés aux biens*, ci-après, le *liv.* 42.

APPENDICE DES LIVRES XXVI ET XXVII.

De la tutelle des femmes pubères.

I. Ulpien enseigne qu'autrefois les femmes, quoique pubères, étaient toujours en tutelle : « On donne des tuteurs tant aux » hommes qu'aux femmes; mais on ne donne des tuteurs qu'aux » hommes impubères à cause de l'inexpérience de leur âge, et on

(1) De manière cependant, comme l'entend Wissenbach, que le préteur les ait jugés plus capables de bien administrer, et après connaissance de cause.

tatem, et propter forensium rerum ignorantiam ». Ulpian. *fragm. tit.* 11. §. 1.

Ut pupillorum, ita et fœminarum tutela triplex : testamentaria, legitima, et dativa.

II. Testamentaria dabatur ex testamento viri, permittente (per consequentias potestatis) lege XII Tabularum, quando fœminæ in manu et potestate maritorum erant. Ita autem viri mulieribus quæ post mortem virorum suorum sub tutela agnatorum suorum esse nollent, testamento dare tutores solebant, ut, ex prudentum interpretatione, plures darentur, ex quibus mulier eligeret quem sibi tutorem habere vellet. Quem usum ita belle arguit Tullius.

« Nam quum permulta præclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum qui potestate mulierum continerentur ». *Cicer. pro* Murena. *n.* 27.

Hic usus patet et ex illo Livii loco, ubi inter præmia data, cuidam Hispalæ Fecenniæ ob prodita bacchanalia, illud exprimitur : *tutoris optio item esset, quasi et vir testamento dedisset. lib.* 39. 19.

III. Erat tutela fœminarum *legitima ;* cui locus erat, si testamentariæ locus non esset, nec esse speraretur. Ad hanc tutelam vocabantur agnati mulieris ingenuæ, et patronus liberique patroni mulieris libertæ.

Tutelam hanc quodammodo habebant in bonis : unde et eam cuivis in jure cedere poterant. Ita testatur Ulpianus.

« Legitimi tutores, alii tutelam in jure cedere possunt ». Ulpian. *frag. tit.* 11. §. 6.

Sed hoc proprium est legitimis tutoribus. « In jure cedere autem tutelam, testamento datus non potest ». *d. t.* §. 17. *v. in jure.*

« Is cui tutelæ in jure cessa est, *cessicus* tutor appellatur : qui sive mortuus fuerit, sive capite minutus, sive alii tutela cesserit (1), redit ad legitimum tutorem tutela. Sed et si legitimus decesserit, aut capite minutus fuerit, cessitia quoque tutela extinguitur (2) ». *d. tit.* §. 7.

(1) Nam in jure cedendo jus suum abdicat ; adeoque illud amittit, quamvis nequeat illud ad cessionarium transferre : quapropter redit ad legitimum tutorem unde emanavit. Simile quid observavimus circa usumfructum supra, *lib.* 7. *tit.* 4. *quib. mod. ususfruct. amit. n.* 24.

(2) Per regulam, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

» en donne aux femmes impubères et pubères, tant à cause de la » faiblesse de leur sexe, qu'à raison de leur incapacité pour les » affaires ».

Il y a trois espèces de tutelles tant pour les hommes pubères, que pous les femmes impubères et pubères; savoir, la tutelle testamentaire, la tutelle légitime et la tutelle dative.

II. La tutelle testamentaire était donnée par le testament du mari, conformément à l'esprit de la loi des douze Tables, quand les femmes étaient sous la main et la puissance de leurs maris. C'était ainsi que les maris, par leur testament, donnaient des tuteurs à leurs femmes qui ne voulaient pas rester après leur mort sous la tutelle de leurs agnats; et ils leur en donnaient plusieurs afin qu'elles pussent s'en choisir un d'après l'interprétation des prudens; usage que Cicéron critique d'une manière plaisante.

« Les lois, dit-il, ayant suffisamment pourvu à cet égard, furent dans la suite altérées et corrompues par les jurisconsultes; toutes les femmes, à cause de la faiblesse de leur esprit, voulurent, après leur majorité, être en puissance de tuteurs, et les jurisconsultes inventèrent différentes espèces de tuteurs *qui fussent eux-mêmes humblement soumis à la puissance des femmes* ».

Cet usage est encore prouvé par cet endroit de Cicéron, « il dit qu'entre les récompenses données à une certaine Hispala Fecennia, pour avoir donné l'idée des bacchanales, elle eut le choix d'un tuteur, comme s'il lui eût été donné par le testament de son mari ».

III. Il y avait aussi une tutelle légitime des femmes, qui avait lieu à défaut de tutelle testamentaire donnée ou à donner. Cette tutelle était dévolue aux agnats d'une femme née libre, et aux patrons ou aux enfans du patron d'une femme affranchie.

Cette tutelle était en quelque sorte donnée aux biens, c'est pourquoi on pouvait légalement la céder à qui l'on voulait; ainsi l'atteste Ulpien en ces termes :

« Les tuteurs légitimes peuvent céder en droit leur tutelle à d'autres ».

Ce qui toutefois est particulier aux tuteurs légitimes.

« Le tuteur donné ne peut pas céder sa tutelle ».

« Celui à qui une tutelle a été cédée en droit était appelé *tutor cessicus*, et lorsqu'il était mort, qu'il avait changé d'état, ou avait rétrocédé sa tutelle (1), le tuteur légitime reprenait sa place; et même si le tuteur légitime était mort ou avait changé d'état, la tutelle cédée était éteinte (2) ».

---

(1) En cédant en droit, on renonce à son droit, et par conséquent on le perd quoiqu'on ne puisse pas le transmettre au cessionnaire; c'est pourquoi il retourne au légitime tuteur d'où il était venu. Nous avons fait observer quelque chose de semblable à l'égard de l'usufruit, *liv.* 7, au titre *des diverses manières de perdre l'usufruit*, *n.* 24.

(2) Par la règle que ce qui éteint le droit de celui qui donne éteint aussi le droit de celui qui reçoit.

« Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessitia tutela non procedit; quoniam permissum erat in jure cedere tutela fœminarum (1) tantum, non etiam masculorum. Fœminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustinet (2), excepta tutela patronorum (3) ». *d. tit.* §. 8.

IV. Legitimam agnatorum tutelam in fœminas, quam lex Claudia sustulerat, revocavit Constantinus qui sic rescribit : « In fœminis tutelam legitimam consanguineus patruus non recuset ». *l.* 2. *cod. Theod.* 3. 17. *de tut. et curat. creand.*

Id ab imperatore Leone confirmatum est. Ita ille : « Constitutione divæ memoriæ Constantini, lege Claudia sublata, pro antiqui juris auctoritate, salvo manente agnationis jure, tam consanguineus (id est, frater) quam patruus, cæterique legitimi ad [pupillarum (4)] fœminarum tutelam vocantur ». *l.* 3. *cod.* 5. 30. *de legit. tutel.*

V. Præter tutelam testamentariam et legitimam, erat etiam et dativa fœminarum puberum tutela; cujus ita mentionem facit Ulpianus.

« Lex Attilia jubet *mulieribus* pupillisve non habentibus tutores (5) dari a prætore et majore parte tribunorum plebis ». Ulpian. *fragm tit.* 11. §. 18.

« Ex lege Julia *de maritandis ordinibus*, tutor datur a prætore urbis ei mulieri virginive quam ex hac lege nubere oportet, ad do-

---

(1) Et quidem puberum. Nam impuberum fœminarum tutela nil distat a tutela masculorum, quæ cedi non posse dicitur.

(2) Cujacius legit, *sustulit :* quæ emendatio, quamvis multis displiceat, valde mihi probabilis videtur. Non placet autem interpretatio Rævardi, Schultingii et Heineccii qui verbum illud *sustinet*, sic interpretantur, id est (inquiunt) conservat, prohibendo ne agnati ea se exuere possint eam alteri in jure cedendo. Legem enim Claudiam nedum a Constantino sublatam, imo et ad tutelam patronorum in libertas porrectam volunt. Verum hanc eorum sententiam falsitatis arguit lex 3. *cod.* 5. 30. *de legit. tut.* (mox infra) ubi expresse dicitur legem Claudiam fuisse sublatam per constitutionem Constantini, et a constitutione agnatos ad tutelam fœminarum vocari. Ergo lex Claudia legitimas fœminarum ingenuarum tutelas sustulerat, quas revocavit Constantinus. Hinc ne concludas fœminas viri potentes lege Claudia factas fuisse suæ tutelæ : adhuc enim tutores eas habuisse ex Ulpiano certum est; sed dativos, non legitimos. Non enim omnem fœminarum tutelam, sed legitimam duntaxat lex Claudia sustulerat.

(3) Hæc postrema verba ad hunc paragraphum pertinent, et male præfiguntur paragrapho seq. in omnibus fere *fragmentorum Ulpiani* editionibus : ut recte notavit Schultingius.

(4) Hæc vox a Triboniano interpolata est. Quum enim Leo mentionem hic faciat legis *Claudiæ* quæ certe non ad pupillarum, sed ad mulierum etiam quæ majores sunt 25 annis, tutelam pertinebat; evidens est Leonem in ea constitutione de ea tutelæ specie egisse, non de pupillarum.

(5) Neque testamentarios neque legitimos

« Par rapport aux agnats, cette tutelle cessible n'a plus lieu, parce qu'il n'était permis de céder en droit que la tutelle des femmes (1), et que la loi Claudia a abrogé la tutelle légitime des femmes (2), excepté néanmoins celle qui était dévolue aux patrons (3) ».

IV. Constantin a rétabli la tutelle légitime des agnats sur les femmes, que la loi Claudia avait abrogée. Voici les termes de son rescrit : « L'oncle paternel ne pourra pas refuser la tutelle légitime sur les femmes ».

Ce droit a été confirmé par l'empereur Léon, en ces termes : « La loi Claudia ayant été abrogée par la constitution de Constantin pour rétablir l'autorité de l'ancien droit et le droit de l'agnation; le frère consanguin et l'oncle paternel, comme tous les autres agnats légitimes, sont appelés à la tutelle des femmes pupilles (4) ».

V. Outre la tutelle testamentaire et la tutelle légitime, il y avait encore une tutelle dative des femmes pubères, dont Ulpien fait ainsi mention.

« La loi *Attilia*, dit-il, ordonne aux préteurs, et à la majeure partie des tribuns du peuple, de donner des tuteurs aux femmes pubères qui n'ont point de tuteurs (5) ».

« Par la loi Julia *de maritandis ordinibus*, le préteur de la ville donne un tuteur à la femme ou à la fille à marier, pour lui

---

(1) Et même des pubères ; car la tutelle des femmes impubères ne diffère en rien de celle des hommes impubères, qui ne peut pas être cédée.

(2) Cujas lit *sustulit*, correction qui me paraît fondée, quoique d'autres en jugent autrement ; car je n'approuve pas l'interprétation de Révard, de Schulting et d'Heineccius, qui traduisent ce mot *sustinet* par *empêche les agnats de s'en libérer en la cédant*, prétendant que la loi Claudia, au lieu d'être abrogée par Constantin, a été étendue aux affranchis des patrons ; mais la fausseté de cette opinion résulte de la *l.* 3. *cod. de la tutelle légitime*, où il est expressément dit que la loi Claudia fut abrogée par la constitution de Constantin, et que cette constitution appela les agnats des femmes à leur tutelle. La loi Claudia avait donc aboli la tutelle légitime des femmes, que la constitution de Constantin avait rétablie. Il ne faut pourtant pas en conclure que les femmes nubiles fussent hors de tutelle par la loi Claudia, car cette loi n'avait pas aboli toute tutelle des femmes, mais seulement la tutelle légitime.

(3) Ces dernières expressions appartiennent à ce paragraphe, et sont mal-à-propos portées au suivant dans presque toutes les éditions des fragmens d'Ulpien, comme l'observe très-bien Schulting.

(4) Ce mot a été interpolé par Tribonien ; car Léon faisait ici mention de la loi Claudia, qui, certainement, ne concernait pas la tutelle des femmes encore pupilles, mais celle des femmes même majeures de vingt-cinq ans ; il est évident qu'il a parlé, dans cette constitution, de la tutelle de ces dernières et non de celle des premières.

(5) Légitimes ou testamentaires.

tem dandam, dicendam, promittendamve, si legitimum tutorem pupillum (1) habeat ».

« Sed postea senatus censuit ut, etiam in provincia quoque similiter a præsidibus earum ex eadem causa tutores dantur ». *d. tit.* §. 20.

« Præterea etiam in locum muti furiosive tutoris alterum dandum esse tutorem ad dotem constituendam senatus censuit ». *d. tit.* §. 21.

« Item ex senatusconsulto tutor datur mulieri ei, cujus tutor abest, præterquam si patronus sit qui abest. Nam in locum patroni absentis alter peti non potest, nisi ad hereditatem adeundam, et nuptias contrahendas. Idemque permisit in pupillo patroni filio ». *d. tit.* §. 22.

VI. Vidimus sicut pupillorum, ita et mulierum triplicem esse tutelam. Cæterum valde differt tutela mulierum a tutela pupillorum. Enimvero, ut ait idem Ulpianus : « Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt. Mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt ». *d. tit.* §. 25.

Sed nec prorsus in omnibus necessaria est mulieri tutoris auctoritas, in quibus necessaria est pupillo; nam « tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus : si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile (2) negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari (3), si rem mancipi (4) alienent. Pupillis autem hoc amplius, etiam in rerum nec mancipi alienatione, tutoris auctoritate opus est ». *d. tit.* §. 27.

Maxime autem ut dotem diceret, vel quid circa dotem constitueret mulieri necessaria erat auctoritas tutoris.

Hinc Ulpianus : « Non tantum ad dotem dandam nupturæ cu-

(1) Hæc est germana lectio quam Cujacius in ipso originali codice Jacobi Tillii reperisse se testatur; et hanc probat *observ.* 17. 28. Agnati olim cujuscumque ætatis essent, legitimam tutelam habebant. Quum autem ob defectum consilii eam non possent gerere, dicitur in hac specie dandum a prætore mulieri tutorem qui ipsi auctoritatem suam det, quam dare non poterat tutor ipsius utpote pupillus.

(2) Ergo negotia quæ sunt meri juris gentium, et in quibus nullam obligationem contrahebat, poterat sine tutore gerere; puta poterat ei solvi.

(3) Contra senatusconsultum Claudianum. De quo videb. *tit.* 13. *de his quibus ad libert.* infra, *lib.* 40.

(4) Ita legitur in supradicto Archetypo codice Tilliano, teste Cujacio *observ.* 17. 28. Minus rectius alibi, *si mancipia.*

donner ou lui promettre une dote, lorsqu'elle a un tuteur légitime (1) ».

« Mais le sénat a statué depuis qu'il fallait que les présidens en donnassent également pour les mêmes causes dans leurs provinces ».

« Il a aussi statué qu'il fallait donner un autre tuteur pour constituer la dot à la femme qui avait un tuteur muet ou atteint de démence ».

« Par le même sénatus-consulte on donne aussi un tuteur à la femme dont le tuteur est absent, à moins que ce tuteur absent ne soit son patron; car l'absence d'un patron n'est pas un motif suffisant pour demander un autre tuteur, à moins que ce ne soit pour faire une adition d'hérédité, ou contracter mariage. Il en est de même par rapport au pupille qui est fils du patron ».

VI. Nous avons vu que, comme il y avait trois tutelles pour les hommes, il y en avait aussi trois pour les femmes; mais il y a une grande différence entre les tutelles des uns et les tutelles des autres. En effet, comme le dit le même Ulpien, « les tuteurs des uns et des autres ont la gestion de leurs affaires, et les autorisent dans leurs actes; mais ceux des femmes ne font que les autoriser ».

Les femmes n'ont pas non plus besoin d'être autorisées en tout, comme les pupilles du sexe masculin; car « les femmes ont à la vérité besoin de l'être lorsqu'elles intentent une action légitime, lorsqu'elles s'obligent, lorsqu'elles font une affaire civile (2), lorsqu'elles permettent à leurs servantes de vivre avec un esclave étranger (3), ou lorsqu'elles aliènent une propriété dite *mancipi* (4). Mais les pupilles du sexe masculin ont besoin de l'autorisation de leur tuteur, même pour aliéner des choses non *mancipi* ».

Les femmes étaient cependant dans la nécessité de recourir à l'autorisation de leurs tuteurs pour promettre une dote, ou pour tout autre acte relatif à une dote.

C'est pourquoi Ulpien dit : « On donne un tuteur non-seule-

---

(1) Telle est la véritable leçon que Cujas atteste avoir trouvée dans le manuscrit original de Jacques du Tillet, comme il le prouve *obser.* 17. 28. les agnats étaient autrefois appelés à la tutelle de quelque âge qu'ils fussent; mais lorsqu'ils étaient trop jeunes pour la gérer, on voit dans cette espèce que le préteur donnait à la femme un autre tuteur qui pût l'autoriser, leur tuteur-pupille ne le pouvant pas.

(2) D'où suit que dans les affaires purement du droit des gens, et où elles ne contractaient aucune obligation, elles pouvaient agir sans être autorisées par un tuteur; par exemple, elles pouvaient recevoir un paiement.

(3) Contre le sénatus-consulte Claudien. Sur quoi voyez le titre qui trai[illegible] *de ceux qui ne peuvent point réclamer la liberté*, ci-après, *liv.* 40.

(4) C'est ainsi qu'on lit dans l'original ci-dessus cité de du Tillet, co[illegible] l'atteste Cujas *observ.* 17. 28. On lit mal-à-propos ailleurs *si mancipi*[illegible]

ratores (1), verum etiam ei quoque quæ jam nupta est : sed et ad dotem augendam datur, et mutandæ quoque dotis gratia curator dari potest ». *l.* 7. *ff.* 26. 5. *de tut. et curat. dat.* Ulp. *lib.* 1. *de omnib. tribunal.*

VII. Cæterum, quoad formam interponendæ auctoritatis, convenit tutela fœminarum cum tutela pupillorum : utrobique enim in ipso negotio debet interponi.

Hinc dubitatum an tutoris auctoritas recte esset interposita eo tempore quo mulier epistolam scriberet servo qua ei libertatem concedebat? Ea de re ita jurisconsultus ille antiquus, cujus fragmentum extat apud Pithœum et Schultingium.

« Mulier sine tutoris auctoritate manumittere non potest, nisi liberorum (2) jus habeat : tunc enim ex vindicta sine tutore potest manumittere. Unde si mulier absens quæ jus liberorum non habet, liberum esse jusserit; quæsitum est, si tutores ejus auctoritatem accommodent eo tempore quo epistolæ scribuntur servo a domina, an interposita auctoritas ullius momenti sit? Julianus negat. Existimat enim eo tempore debere auctoritatem præstare quo peragitur libertas : tunc autem peragi intelligitur, quando servus cognoverit dominæ voluntatem. Sed Neratius-Priscus probat libertatem servo competere : sufficere enim, quando epistola scribitur, adhiberi auctoritatem tutoris : cujus sententia et constitutione Imperatoris confirmata est ». *Fragm. regul. ex vet. jurisc.* §. 15.

VIII. Quum tutela fœminarum sit specie diversa a tutela pupillorum aut pupillarum, hinc fœminæ puberi tutor quasi impuberi datus, inutiliter datur.

Unde Scævola : « Seiæ egressæ annos duodecim, decreto prætoris ex inquisitione datus est tutor quasi minori. Quæro an excusare se deberet? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, neque excusationem necessariam esse, neque obligari quod non gereret ». *l.* 26. *ff.* 26. 5. *de tutorib. et curat. datis. lib.* 2. *respons.*

IX. Videndum superest quando finiatur hæc mulierum tutela.

Finitur scilicet morte tam tutoris quam mulieris, et pariter majori capitis deminutione utriusque.

Minima autem capitis deminutione tutoris, sola legitima tutela extinguebatur; ut supra vidimus *lib.* 26. *tit.* 1. Circa tutelam pupillorum : mulieris vero minima capitis deminutione, quælibet ejus tutela extinguitur, quum tutela nonnisi in caput liberum cadat. Hinc quum mulier quæ in tutela erat, nuberet, si in manum viri

(1) Ita substituit Tribonianus pro *tutorem* : et similiter infra.

(2) Nam mulier quæ habet hoc jus, fit suæ tutelæ.

ment à la femme qui veut se marier, à l'effet de lui constituer une dot(1), mais encore à celle qui est déjà mariée pour augmenter la sienne, et on peut en donner un pour tous changemens à y faire ».

VII. Au reste, par rapport à la forme de cette autorisation, la tutelle des femmes ne diffère pas de celle des hommes; car pour l'un et l'autre, cette autorisation doit intervenir dans l'acte.

C'est pourquoi on a douté que l'autorisation du tuteur fût régulièrement intervenue, dans le tems où la femme écrivait à son esclave qu'elle lui accordait sa liberté. Voici ce que dit sur cette question un ancien jurisconsulte, dont Pithou et Schulting rapportent le fragment :

« Une femme ne peut pas affranchir sans l'autorisation d'un tuteur, à moins qu'elle n'ait le droit des enfans (2); car alors elle peut sans tuteur affranchir solennellement. D'où suit que si une femme absente, et qui n'a pas le droit des enfans, donne la liberté, il faut examiner si ses tuteurs l'autorisent suffisamment dans le tems où elle écrit à son esclave, et si cette autorisation n'est pas nulle. Et tel est l'avis de Julien; car, suivant ce jurisconsulte, l'autorisation doit être donnée en même-tems que la liberté; mais la liberté est censée donnée du moment où l'esclave a connu la volonté de sa maîtresse à cet égard. Nératius Priscus pense que la liberté est donnée à l'esclave, et qu'il suffit que l'autorisation du tuteur soit intervenue lorsque sa lettre était écrite; opinion qui a été confirmée par la constitution de l'empereur ».

VIII. Comme la tutelle des femmes est d'une autre espèce que celle des pupilles de l'un ou de l'autre sexe, si l'on a donné un tuteur à une femme pubère, comme si elle était impubère, ce tuteur aura été inutilement donné ».

C'est pourquoi Scævola dit : « Il a été donné à Seia, qui avait atteint sa douzième année, un tuteur après information et par décret du préteur. Ce tuteur demandait s'il devait se faire dispenser de la tutelle. J'ai répondu que depuis l'exposé il n'en avait pas besoin, et qu'il ne pouvait pas être tenu de gérer ».

IX. Il nous reste à voir quand finit cette tutelle des femmes.

Elle finit par la mort de la femme, par celle du tuteur, et par le grand changement d'état de l'un ou de l'autre.

Toutefois le plus petit changement d'état du tuteur ne faisait cesser que la tutelle légitime, comme nous l'avons vu ci-dessus, *liv.* 26, *tit.* 1, par rapport à la tutelle des pupilles; mais le plus petit changement d'état de la femme faisait cesser toute espèce de tutelle à son égard, puisque la tutelle ne peut avoir lieu qu'en fa-

(1) C'est ainsi que Tribonien substitue tuteur à curateur, ici et plus bas.

(2) Car celle qui a ce droit est hors de tutelle.

transiret, nuptiis V. G. per coemptionem contractis, extinguebatur ejus tutela; sin, sub tutorum suorum tutela manebat.

Item mulier ingenua trino partu, liberta quaterno, solvebatur tutela, ex lege Julia et Papia. Hæc enim lex : libertas, quatuor liberorum jure, tutela patronorum liberavit ». Ulpian. *Fragmen. tit.* 29. §. 3.

Hinc illud jam laudati veteris jurisconsulti fragmentum : « Mulier sine tutoris auctoritate libertatem dare non potest, nisi liberorum jus habeat ». *d. fragm.* §. 15.

Idem dic de his quibus aut senatus aut princeps jus trium liberorum concedebat, perinde ac si peperissent.

Vestales quoque erant suæ tutelæ, teste Plutarcho in *Numa* : et hoc ipsis ab Augusto concessum recte conjicitur ex Dione, qui ait Augustum iis tribuisse omnia quæ habebant illæ quæ ter peperissent. Dio-Cass. *lib.* 56.

X. Hæc circa mulierum tutelam jure Pandectarum obtinebant. Eam autem in usu fuisse usque ad tempora Leonis liquet ex *sup. d. l.* 3. *cod.* 5. 30. *de legit. tut.*

Sed obsoleverat penitus tempore Justiniani, qui ideo nullum hujus vestigium in Pandectis relinqui curavit.

FINIS QUARTÆ PARTIS DIGESTORUM.

veur d'un individu libre. C'est pourquoi lorsqu'une femme qui était en tutelle se mariait, elle cessait d'être en tutelle si elle passait au pouvoir de son mari, en se mariant par coemption; autrement elle restait sous la puissance de ses tuteurs.

Une femme, née libre, sortait aussi de tutelle, en vertu de la loi Julia et Papia, lorsqu'elle avait mis trois enfans au monde, et une affranchie lorsqu'elle y en avait mis quatre; car cette loi délivrait de la tutelle des patrons, les affranchies qui avaient eu quatre enfans.

C'est pourquoi on lit encore dans le fragment du jurisconsulte déjà cité que « la femme ne peut donner la liberté sans l'autorisation de son tuteur, à moins qu'elle n'ait le droit des enfans ».

Il faut dire la même chose de celles à qui le sénat ou le prince ont accordé le droit de trois enfans, comme si elles les avaient eus.

Les vestales n'étaient point soumises à la tutelle, comme l'atteste Plutarque dans la Vie de Numa, et on conjecture aussi, avec raison, d'après Dion, que ce fut Auguste qui leur accorda ce privilége; car, au rapport de Dion, il leur accorda tous les droits des femmes qui avaient eu trois enfans.

X. Tout cela avait lieu à l'égard de la tutelle des femmes sous le droit des Pandectes; mais on voit qu'elle fut en usage jusques au tems de Léon, par la *l.* 3. *cod. de la tut. legit.*

Elle était cependant absolument tombée en désuétude du tems de Justinien, puisqu'il n'en a laissé aucune trace dans ses Pandectes.

FIN DE LA QUATRIÈME PARTIE DU DIGESTE.

DIGESTORUM

SEU

PANDECTARUM

PARS QUINTA.

LIBER VIGESIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant?

INITIO, libri 26, Imperator a contractibus transitum fecerat ad quasicontractus; quo ex genere est tutelæ vel curationis administratio. Quum ergo heredes etiam quasi ex contractu legatariis et creditoribus hereditariis teneantur (*l.* 3. §. *fin.* et *l.* 4. *ff.* 42. 4). Quibus ex causis in possessionibus), hinc ansam arripuisse videntur Pandectarum compositores, ut tractatui tutelarum subjicerent tractatum de heredibus, seu de successionibus, quæ vel ex testamento, vel ex lege deferuntur. Atque ita quinta pars Disgestorum exoritur, in qua omnia testamentorum et hereditatum jura fuse revolvere parat Imperator, ut ipse monet in proem. de confirm. digest. §. 6.

I. « *Testamentum* est voluntatis nostræ (1) justa (2) sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit ». *l.* 1. Modest. *lib.* 2 *Pandect.*

« Si quæramus an valeat testamentum, imprimis animadvertere debemus an is qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem : deinde, si habuerit, requiremus an secundum regulas juris civilis testatus sit ». *l.* 3. Gaius, *lib.* 2. instit.

Hæc duo, quæ sunt primi hujus tituli duæ partes, singulis sectionibus dispiciemus.

(1) Ergo ab alieno arbitrio pendere non debet. Infra, *lib.* 35. *tit.* 1. *de cond. et demonst.*

(2) Id est, solennis et legitima.

CINQUIÈME PARTIE

DU DIGESTE

OU

DES PANDECTES.

LIVRE VINGT-HUITIÈME.

TITRE I.

De ceux qui peuvent tester, et de la forme des testamens.

DÈS le commencement du vingt-sixième livre, l'Empereur avait passé aux quasi-contrats, du genre desquels est l'administration de la tutelle et de la curatelle. Comme donc, les héritiers sont eux-mêmes obligés en vertu d'un quasi-contrat, envers les légataires et les créanciers héréditaires (*l.* 3. §. *fin.* et *l.* 4. *ff. pour quelles raisons on est envoyé en possession*), les rédacteurs des Pandectes en ont pris occasion de placer à la suite du traité des tutelles, celui des héritiers, ou des successions déférées par le testament ou par la loi; et c'est par là que commence la cinquième partie du Digeste, où l'Empereur développe avec détail tous les droits des testamens et des successions, comme il en avertit lui-même dans sa préface *de la Confirmation du Digeste*, §. 6.

I. « Un testament est la volonté du testateur (1) justement prononcée (2), par rapport à ce qu'il a voulu qui fût fait après sa mort ».

« Quand nous examinons la validité d'un testament, nous devons d'abord examiner si celui qui l'a fait avait qualité pour le faire, et après avoir reconnu qu'il pouvait le faire, nous devons examiner s'il l'a fait régulièrement ou suivant les règles du droit civil ».

Nous allons traiter de ces deux préalables, qui sont les deux parties de ce titre, dans deux sections séparées.

(1) Il ne doit donc dépendre d'aucune autre volonté. Voy. *liv.* 25, le titre *des conditions et désignations testamentaires.*

(2) C'est-à-dire, solennellement et légitimement.

SECTIO I.

Qui testamenti factionem habeant?

II. Testamenti factionem habent patresfamilias. Ait enim lex XII Tabularum : « *Paterfamilias uti legassit* (1) *super familia* (2) *pecuniaque* (3) *sua, ita jus esto.*

Quum autem nemo paterfamilias possit intelligi, quin sit et liber, et civis, sui et juris, hinc sequitur quod hæc tria, in eo qui testamenti factionem habet, debent concurrere.

§. I. *De prima conditione ad testamenti factionem requisita, id est, libertate.*

III. « Hi vero qui ad ferrum (4), aut ad bestias, aut in metallum, libertatem perdunt (5), bonaque eorum publicantur. Unde apparet amittere eos testamenti factionem ». *l.* 8. §. *fin.* Gaius, *lib.* 17. *ad ed. prov.*

Pari ratione, « ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit ». *d. l.* 8.

Quod si, ante captivitatem, testamentum quis confecerit, quamvis captivus decesserit, valet testamentum : quia lex Cornelia fingit eum tunc decessisse ultimo momento quo liber ac civis fuit.

Igitur, « lege Cornelia, testamenta eorum qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur (6), ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestate non pervenissent : et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet ». *l.* 12. Julian. *lib.* 42. dig.

Hi autem « qui a latronibus (7) capti sunt, quum liberi maneant, possunt facere testamentum ». *l.* 13. Marcian. *lib.* 4. inst.

---

(1) Id est, uti statuerit, decreverit, legem dixerit. Unde et vim legis habere dicitur. *Novell.* 22. *cap.* 2.

(2) Romani *familiam suam*, liberos suos, velut in domino suo perinde ac cætera bona sua habebant. Unde quædam circa illos disponendi jus habebant; tutores eis dando, heredes ipsis instituendo, si ante pubertatem decederent, etc.

(3) *Pecunia* hic late accipitur pro quibusvis rebus quæ in patrimonio sunt.

(4) Alias *ad gladium l.* 6. §. 6. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt. etc. l.* 25. §. 3. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel. omit. hered.*, id est, ad gladiatorium ludum damnati : *l.* 1. *cod.* 6. 49. *ad leg. Falcid.*

(5) Fiunt enim servi pœnæ. Hodie secus ex *Novell.* 22. *cap.* 8.

(6) Id est, vires suas retinent.

(7) Discrimen inter hostes et latrones vid. in *l.* 24. *ff.* 49. 15. *de captivis et postlim.*

SECTION I.

De ceux qui ont le droit de faire un testament.

II. Les pères de famille ont le droit de faire un testament; car la loi des XII Tables dit, « ce que le père de famille aura voulu par son testament (1) sur ses enfans (2) et sur ses biens (3) aura force de loi ».

Mais comme personne ne peut être censé père de famille sans être libre, citoyen et hors de puissance, il s'ensuit que ces trois qualités doivent se réunir dans celui qui a le droit de tester.

§. I. *De la première condition requise pour tester, ou de la liberté.*

III. « Ceux qui sont condamnés à combattre comme gladiateurs (4), aux bêtes ou aux mines, perdent leur liberté (5), et leurs biens sont confisqués; d'où suit qu'ils perdent aussi le droit de tester ».

Par la même raison « le testament que fait celui qui est captif chez les ennemis est nul, qnand même il reviendrait ».

Mais si un individu a fait un testament avant d'être pris par les ennemis, ce testament est valide, parce que la loi Cornélia le suppose mort du moment où il a cessé d'être libre et citoyen.

Ainsi, « d'après la loi Cornélia, les testamens de ceux qui sont morts chez les ennemis sont confirmés (6), comme s'ils n'avaient pas été pris par les ennemis, et leur succession est également dévolue à ceux qu'ils y ont appelés ».

Mais comme « ceux qui ont été pris par des brigands (7) restent toujours libres, ils peuvent aussi toujours tester ».

---

(1) C'est-à-dire, décrété, statué, ordonné. C'est pourquoi il est dit que cette volonté, disposition, décision aura force de loi. *Novell.* 22. *chap.* 2.

(2) Les Romains possédaient en propriété leur famille comme leurs autres biens. C'est pourquoi ils disposaient pour leurs enfans, sur plusieurs choses, en leur donnant des tuteurs et leur instituant des héritiers, s'ils mouraient impubères, etc.

(3) *Pecunia* est ici pris dans un sens étendu, pour tout ce qui composait leur patrimoine.

(4) Autrement *ad gladium. l.* 6. §. 6. *ff. du testament irrégulier et rompu, etc. l.* 25. §. 3. *ff. du mode d'acceptation ou de répudiation de l'hérédité.* Voy. *l.* 1. *cod. sur la loi Falcidia.*

(5) Car ils deviennent esclaves de la peine. Aujourd'hui il en est autrement en vertu de la Novelle 22. *cap.* 8.

(6) C'est-à-dire, restent dans toute leur force.

(7) Différence entre les brigands et les ennemis. Voy. *l.* 24. *ff. des captifs chez les ennemis et du droit de retour.*

Sed nec ideo quis liber esse desinit, quod in custodia publica detineatur.

Hinc, « si quis post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus (1), testamentum ejus valebit (2) ». *l.* 9. Ulp. *lib.* 45. *ad ed.*

IV. Quamvis soli liberi homines testandi jus habeant, ex privilegio tamen speciali quod jure Pandectarum obtineat, « servus publicus populi romani (3) (pro) parte dimidia testamenti faciendi habet jus ». Ulp *fragm. t.* 20. §. *fin.*

§. II. Secunda conditio. — *Requiri ut testator sit civis.*

V. « Latinus-Junianus, item is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest (4). Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est: is autem qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, quum sit peregrinus; nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est (5), ut adversus leges civitatis suæ testetur ». Ulp. *fragm. tit.* 2. §. 14.

VI. Similiter defectu civitatis ii qui Romanis dati sunt ab hoste « obsides, testari non possunt, nisi eis permittatur (6). *l.* 11. Ulp. *lib.* 10. *ad Sab.*

Enimvero « divus Commodus rescripsit, obsidum bona, sicut captivorum, omnimodo (7) in fiscum esse cogenda ». *l.* 31. *ff.* 49. 14. *de jure fisc.* Marc. *lib.* 4. inst.

« Sed si accepto usu togæ romanæ (8), ut cives romani semper

(1) Nam si damnatus pœna capitali esset, quum civis esse desineret, testamenti factionem non haberet.

(2) An aliud est in crimine *majestatis* et *repetundarum?* Ait Accursius ex *l.* 20. *ff.* 48. 2. *de accusat.* Negat Bartholus, qui tamen fatetur, ex secunda sententia quæ post mortem feretur, testamentum infirmari.

(3) Ita legendum. Vulgo male, *prætorisve.* De servis publicis vid. notam ad *l.* 175. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.*

(4) Qui sint *Latini* et *dedititii*, vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 5. *de statu homin.*

(5) Ita emendat Cujacius: vulgo male *civitatis sciens.* Hinc etiam collige quidquid dicitur de his qui defectu civitatis testari non possunt, non esse trahendum ad peregrinos qui propriis civitatis suæ legibus vivunt, et secundum hujus leges possunt testari. Ex constitutione autem Antonini – Caracallæ nulli amplius in orbe Romano sunt tales peregrini: ut. vid. supra *lib.* 1. *tit.* 5. *de stat. homin.*

(6) A principe; puta, ipsis dato usu togæ romanæ: ut modo infra.

(7) *Omnimodo*, sive testamenta fecerint, sive non. Differunt quidem, quandiu vivunt, a captivis; id est, ab iis quos ex hostibus cepimus, quia obsides sunt liberi: verum mortui ab his non differunt.

(8) *Toga*, insigne romanorum civium. Obsides qui usum togæ a prin-

On ne cesse pas non plus d'être libre pour être détenu dans une prison publique.

C'est pourquoi, « si un accusé est mort dans la prison avant d'être condamné (1), son testament vaudra (2) ».

IV. Quoiqu'il n'y ait que les hommes libres qui aient le droit de tester, cependant, par un privilége spécial, qui avait lieu sous le droit des Pandectes, « un esclave public du peuple romain (3), a le droit de disposer par testament de la moitié de son pécule ».

§. II. Seconde condition. — *Il faut que le testateur soit citoyen.*

V. « Un Latin *junien*, et celui qui est du nombre des individus appelés *dedititii*, ne peuvent pas tester (4); le premier, parce que la loi *Junia* le lui défend expressément, et le second, parce qu'il ne peut pas tester comme citoyen romain étant étranger, et qu'il ne le peut pas davantage comme étranger, n'étant citoyen d'aucune ville (5), dont les lois le lui permettent ».

VI. C'est ainsi que ceux qui ont été donnés aux Romains par les ennemis pour otages, ne peuvent pas tester, à moins que ce droit ne leur soit accordé (6) ».

En effet, « l'empereur Commode dit dans un rescrit, que les biens des otages, comme ceux des captifs, appartiennent au fisc (7) ».

« Mais si, ayant reçu la toge romaine (8), ils ont vécu cons-

(1) Car s'il eût été condamné à une peine capitale, n'étant plus citoyen, il n'eût pas pu faire de testament.

(2) En serait-il autrement s'il était accusé d'un crime de lèse-majesté ou de concussion? C'est ce que pense Accursius d'après la *l.* 20. *ff. de accusat.* Barthole pense le contraire, et veut cependant que le testament du concussionnaire soit annulé par la condamnation survenue après sa mort.

(3) C'est ainsi qu'il faut lire, et la leçon *prætorisve* est vicieuse. Sur les esclaves publics. Voy. la note sur la *l.* 173, *des règles de droit.*

(4) Voyez ce que c'est que les uns et les autres, ci-dessus, *liv.* 1, le titre *de l'état ou de la condition des hommes.*

(5) Ainsi lit Cujas; et la leçon *civitatis sciens* est vicieuse. Ainsi, tout ce qui est dit de ceux qui ne peuvent pas tester parce qu'ils ne sont citoyens d'aucune ville, n'est pas applicable aux étrangers qui en ont une et qui en observent les lois, c'est-à-dire, qu'ils peuvent tester suivant les lois de leur ville. Mais d'après la constitution d'Antonin-Caracalla, il n'y a plus de ces étrangers dans l'empire romain, comme on l'a vu ci-dessus *livre* 1, titre *de l'état ou de la condition des individus.*

(6) Par le prince; par exemple, en leur permettant l'usage de la robe romaine, comme on va le voir.

(7) *Omnimodo;* soit qu'ils aient ou n'aient pas testé. Ils diffèrent bien des captifs tant qu'ils vivent, c'est-à-dire, de ceux qui ont été pris, parce qu'ils sont libres; mais morts ils n'en diffèrent plus.

(8) La toge était la distinction des citoyens romains. Les otages, à qui le

egerint, divi fratres procuratoribus hereditatum rescripserunt, sine dubitatione jus eorum ab obsidis conditione separatum esse beneficio principali : ideoque idem jus eis servandum, quod haberent, si a legitimis civibus romanis heredes instituti fuissent ». *l.* 52. *ff. d. t.* Marc. *lib.* 14. instit.

VII. Item defectu civitatis, « si cui aqua et igni interdictum (1) sit, ejus nec illud testamentum valet quod ante fecit, nec id quod postea fecerit. Bona quoque, quæ tunc habuit quum damnaretur, publicantur (2); aut, si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur ». *l.* 8. §. 1. Gaius, *lib.* 17. *ad ed. prov.*

« In insulam deportati in eadem causa sunt ». *d. l.* 8. §. 2.

« Sed relegati in insulam, et quibus terra italica et sua provincia interdicitur (3), testamenti faciendi jus retinent (4) ». *d. l.* 8. §. 3.

Capitali sententia damnati, quandiu appellatio pendet, capite non sunt minuti. Hinc « si quis in capitali crimine damnatus appellaverit, et medio tempore pendente appellatione fecerit testamentum, et ita decesserit; valet ejus testamentum (5) *d. l.* 13. §. 2. Marc. *lib.* 4. inst.

VIII. Quæsitum est de eo qui sibi mortem consciverit. Ita distinguunt Diocletianus et Maximianus : « Si is qui te cum uxore tua heredem scripsit, quando testamentum ordinavit, sane mentis fuit, nec postea alicujus sceleris conscientia obstrictus, sed aut impatiens doloris (6), aut aliqua furoris rabie constrictus, se præcipitem dedit, ejusque innocentia liquidis probationibus commendari potest a te, adscitæ mortis obtentu postremum ejus judicium

cipe impetrarunt, non sunt quidem cives, sed pro civibus habentur; jura civium nanciscuntur, adeoque testamenti factionem : ita ut qui ab ipsis instituti sunt, æque jure instituti ac si a quovis vero sive essent instituti. Hujus togæ romanæ figura describitur a Rosino : *Antiq. rom.* 5. 32.

(1) De hac pœna vid. infra, *lib.* 48. *tit.* 19. *de pœnis.*

(2) Secus *Novell.* 134. *cap. fin.* Vid. *tit.* 20. *de bonis dam.* infra, *lib.* 48.

(3) De his variis relegationum speciebus vid. *lib.* 48. *tit.* 19. *de pœnis.*

(4) Nam retinent civitatem.

(5) Quandiu enim pendet appellatio, nondum res est judicata. Reus autem qui ante rem judicatam moritur, integro statu moritur, et extinguitur omnino accusatio. Regula tamen patitur exceptionem in qubusdam criminibus, quale est crimen *majestatis.* De his vid. infra, *lib.* 48. *tit.* 2. *de accusat.*

(6) Synopsis Basilic. addit hic *quasi vitam aversaretur;* et post verba sequentia *rabie constrictus*, addit *aut diuturno morbo detentus.*

tamment comme citoyens romains, les deux frères disent dans un rescrit, adressé aux procureurs des successions, que leurs droits ont été distingués, par un privilége impérial, de ceux des otages, et que les dispositions faites en leur faveur, doivent être maintenues comme s'ils avaient été institués héritiers par des personnes qui sont réellement citoyens romains ».

VII. Et par rapport au défaut du droit de cité, « le testament de celui à qui l'on a interdit l'eau et le feu (1) est nul, soit qu'il ait été fait avant qu'il fût condamné, ou depuis ; les biens qu'il avait au moment de sa condamnation doivent être confisqués (2), ou s'ils ne sont pas assez considérables, abandonnés à ses créanciers ».

« Il en est de même de ceux qui ont été relégués dans une île».

« Mais ceux qui ont été relégués dans une île, et bannis de l'Italie et de ses provinces (3), conservent la faculté de tester (4)».

Ceux qui ont été condamnés à une peine capitale, ne sont point frappés d'incapacité tant que leurs jugemens restent suspendus par l'appel. C'est pourquoi, « si un individu condamné à une peine capitale, ayant interjeté appel du jugement, a fait un testament, et qu'il soit mort avant le jugement définitif, son testament sera maintenu (5) ».

VIII. Il s'est élevé des doutes, par rapport à l'accusé, ou prévenu de crime, qui s'est donné la mort. Dioclétien et Maximien font, à cet égard, la distinction suivante : « Si l'individu qui vous a institué héritier avec sa femme, était, au tems de la confection du testament, sain d'esprit, et qu'ensuite, sans s'être rendu coupable d'aucun crime; mais ne pouvant plus supporter une vie de douleur (6), il s'est donné la mort dans un moment de désespoir,

---

prince en avait permis l'usage, n'étant pas citoyens romains, mais étant regardés comme tels, en avaient le droit, et par conséquent pouvaient tester; de manière que les héritiers qu'ils avaient institués, l'étaient comme s'ils eussent été institués par un véritable citoyen. Rosin décrit la forme de cette robe. *Antiq. rom. v.* 32.

(1) Sur cette peine voyez ci-après, *liv.* 48, *tit.* 19, *des peines.*

(2) Il en est autrement par la Novelle 134, *chap. fin. tit. des biens des condamnés*, ci-après, *liv.* 48.

(3) Sur ces différentes espèces de relégations. Voyez *liv.* 48, le titre *des peines.*

(4) Car ils conservent le droit de cité.

(5) Car tant que l'appel est pendant, il n'y a point encore de jugement; l'accusé qui meurt avant ce jugement conserve son état, et l'accusation est éteinte. Cette règle souffre néanmoins des exceptions par rapport à certains crimes, tel que le crime de lèse-majesté ; sur quoi voyez ci-après, *liv.* 48, le titre *des accusations.*

(6) L'abrégé des Basiliques ajoute ici *quasi vitam avertaretur* ; et après les mots suivans *rabie constrictus*, il ajoute également *aut diuturno morbo detentus.*

convelli non debet. Quod si futuræ pœnæ metu, voluntaria morte supplicium antevertit, ratam voluntatem ejus conservari leges vetant ». *l.* 2. *cod.* 6. 22. *qui testam. fac.*

IX. Illud constat, eum civem manere qui ad tempus apud externos degit.

« Item qui apud externos legatione funguntur, possunt facere testamentum ». *l.* 13. §. 1. Marc. *lib.* 4. inst.

§. III. *Tertia conditio : Requiri ut sit sui juris qui facit testamentum.*

X. Igitur « qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet : adeo ut, quamvis ei pater permittat (1), nihilomagis tamen jure testari possit ». *l.* 16. Gaius, *lib.* 17. *ad ed. prov.*

« Nam testamenti factio, non privati, sed publici (2) juris est; ideoque forma ejus privatorum pactis non læditur ». *l.* 3. Pap. *lib.* 14. quæst.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Filiam autem qui in potestate est, testamentum facere non posse, indubitati juris est ». *l.* 3. § 1. *cod.* 6. 22. *qui test. fac.*

XI. « Sed divus Augustus [Marcus (3)] constituit ut filius familiæ miles de eo peculio, quod in castris acquisivit, testamentum facere possit ». Ulp. *fragm. tit.* 20. §. 10. *v. sed divus.*

Unde Papinianus : « Filiusfamilias equestri militia exornatus, et in comitatu principum retentus, cingi confestim jussus, testamentum de castrensi peculio facere potest ». *l.* 43. *ff.* 29. 1. *de testam. mil. lib.* 6. respons.

---

(1) Nec obstat quod volente patre possit mortis causa donare. Disparitas est, quod donatio est juris privati, testamentum juris publici.

(2) Eo sensu quod, qui et quomodo testamenta facere possint, in jure publico non in voluntatibus privatorum sit positum.

(3) Hæc vox *Marcus* male irrepsit. Constat enim jam ante divum Marcum jus hoc habuisse filiosfamilias milites : ut canit Juvenalis :

Solis præterea testandi militibus jus
Vivo patre datur. Satyr. 16.

Præterea docet Justinianus *inst. lib.* 2. *tit.* 12. *quib. non est permiss. fac. test.* D. Augustum hoc jus filiisfamilias dedisse. Quod jus constitutionibus Nervæ et Trajani confirmatum est, et ad veteranos demum constitutione Hadriani porrectum. De his militiæ præmiis vid. *tit.* 17. *de castr. pecul.* infra, *lib.* 49.

en prouvant clairement son innocence, vous ferez maintenir ses dernières volontés; mais s'il s'est donné la mort volontairement, et pour éviter des châtimens qu'il avait mérités, les lois ne permettent pas de confirmer son testament ».

IX. Il est constant qu'on ne perd pas le droit de citoyen, pour avoir habité temporairement un pays étranger.

« Celui qui a été envoyé comme député dans un pays étranger, peut y faire son testament ».

§. III. Troisième condition. — *Il faut que celui qui fait son testament ne soit sous la puissance de personne.*

X. C'est pourquoi, « celui qui est sous la puissance de son aïeul, est tellement inhabile à tester, qu'il ne le pourrait pas même avec la permission de son père (1) ».

Car « la faculté de tester est de droit public (2), et non de droit privé, c'est pourquoi les testamens ne sont pas astreints aux formes des actes privés ».

A quoi est conforme ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit : « Qu'il est constant en droit qu'un fils, qui est sous la puissance de son père ou de son aïeul, ne peut pas faire un testament ».

XI. « Mais l'empereur Marc-Aurèle (3) a promis, par une constitution, aux fils de famille militaires, de donner par testament ce qu'ils avaient acquis dans les camps; c'est pourquoi Papinien dit : Un fils de famille, décoré d'un grade militaire, et attaché à la personne de son général, peut disposer par testament de son pécule castrense ».

Mais « s'il est permis aux fils de famille, qui combattent pour la patrie dans les armées, de disposer de leur pécule castrense, ceux qui en ont été ignominieusement renvoyés, n'ont pas ce droit, lequel n'est conféré qu'à titre de récompense à ceux qui l'ont mérité ».

---

(1) Et il n'y a rien à conclure de ce qu'il peut donner à cause de mort avec le consentement de son père, parce que la donation est de droit privé, et le testament de droit public.

(2) En ce sens, que la faculté et la manière de tester procèdent du droit public et non de la volonté de ceux qui veulent tester.

(3) Ce mot *Marc-Aurèle* s'est glissé ici mal-à-propos; car il est certain que les fils de familles militaires avaient ce droit avant Marc-Aurèle, comme on le voit dans Juvénal, qui dit : « Il n'y avait que les militaires qui avaient » le droit de tester du vivant de leur père ». *Satyr.* 14. D'ailleurs Justinien enseigne, dans ses *institutes*, *tit. de ceux à qui il n'est pas permis de tester*, qu'Auguste avait donné ce droit aux fils de famille, qu'il avait été confirmé par les constitutions de Nerva et de Trajan, et qu'il avait été restreint aux vétérans par une constitution d'Adrien, sur les récompenses militaires. Voy. le titre *du pécule castrense*, *liv.* 49.

Cæterum, « jus testandi de castrensi peculio, quod filiisfamilias militantibus concessum est, ad eos, qui ignominiæ cáusa missi sunt, non pertinet; quod hoc præmii loco merentibus tributum est ». *l.* 26. §. 1. *ff. d. tit.* Macer. *lib.* 2. *militar.*

Advocatis etiam, de peculio quasi-castrensi testari concessum fuisse supra vid. *lib.* 3. *tit.* 1. *de postuland.*

Idem dic de clericis qui etiam peculium quasi-castrense habent, ut videb. tit. 17. de castr. pecul. infra *lib.* 49.

De his autem quæ extra causam peculii castrensis filiusfamilias jure codicis sibi, non patri acquirit, tamen testari non potest : ut constituit Justinianus, *l.* penult. et *l. fin. cod. Qui test. fac.*

§. IV. *De aliis conditionibus aut impedimentis ad testamenti factionem.*

XII. Vidimus nonnisi cives qui sui juris sunt, testamentum facere posse. Quamvis autem quis eam testamenti factionem, quæ juris est, habeat, id est, sit paterfamilias, tamen multa in ejus persona accidere possunt quæ eum testari prohibeant.

Et 1°. olim, quo tempore testamenta in comitis fiebant, fœminas testari non potuisse patet, ut pote quæ comitiorum non erant participes. Hodie vero, ut ait Ulpianus : « Fœminæ (1) post duodecimum annum ætatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela (2) sunt ». Ulp. *fragm. tit.* 20. §. 15.

XIII. 2°. « Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius (ut quidam putant) neve ipsi (3) dicatur testimonium ». *l.* 26. Gaius, *lib.* 22. *ad ed. prov.*

Igitur V. G. « si quis ob carmen (4) famosum damnetur, senatusconsulto expressum est ut intestabilis sit; ergo nec testamen-

(1) Scilicet illæ quæ nec in parentis nec in viri potestate erant, ut recte Schultingius observat; quamvis Cujacius, *observ.* 7. 11. putaverit fœminas, quæ in manum viri convenerant, testandi jus habuisse, sed levibus argumentis.

(2) Olim fœminæ quamvis puberes, erant in tutela propter fragile consilium. Sed si jus liberorum quæsiverant, tutela liberabantur : adeoque jam poterant sine ullo tutore testari. Vid. supra append. ad libros 26 et 27.

(3) Quædam talionis pœna est in eum qui aliis testimonium ferre indignus extitit, ut ei non possit dici testimonium. *Gell.* 15. 13. *Rœvard. ad leg.* 12. *Tab. cap.* 10.

(4) Vid. *l.* 5. §. 11. *ff. lib.* 47. 10. *de injur.*

D'ailleurs « la concession faite aux fils de famille militaires, du droit de disposer de leur pécule castrense, ne s'étend point à ceux qui ont été licenciés ignominieusement, ce droit n'étant accordé que comme récompense de la valeur.

Nous avons vu ci-dessus, *lib.* 3. *tit. du droit de postuler, ou de plaider la cause de quelqu'un*, qu'on avait aussi accordé aux avocats le droit de disposer par testament de leur pécule quasi-castrense.

Il faut dire la même chose des clercs qui ont aussi un pécule quasi-castrense, comme on le verra *titre du pécule castrense*, *liv.* 49.

Mais un fils de famille, suivant le droit du code, acquiert pour son père tout ce qui n'est pas son pécule castrense, et ne peut pas en disposer, d'après la constitution de Justinien, *l. penul. et l. fin. cod. de ceux qui peuvent tester.*

§. IV. *Des autres conditions requises pour tester, et des autres empêchemens à cette faculté.*

XII. Nous avons vu que seulement les citoyens qui n'étaient sous la puissance de personne pouvaient tester; mais bien qu'un individu ait cette faculté par le droit, c'est-à-dire, qu'il soit père de famille; cependant, il peut être empêché de tester par diverses causes qui lui sont personnelles et accidentelles ».

1°. Il est évident que les femmes ne pouvaient pas faire de testament dans le tems qu'ils se faisaient dans les comices ou assemblées, auxquelles elles ne pouvaient assister; mais aujourd'hui, comme le dit Ulpien, « les femmes (1) âgées de plus de douze ans peuvent tester sous l'autorisation de leur tuteur, tant qu'elles en ont un (2) ».

XIII. 2°. « Ceux à qui la loi défend de tester, ne peuvent pas non plus rendre témoignagne, et suivant quelques jurisconsultes, on peut encore bien moins témoigner pour eux (3) ».

Ainsi, par exemple, « lorsqu'un individu a été condamné comme auteur d'un libelle diffamatoire (4), on le déclare, en vertu du sé-

(1) C'est-à-dire, celles qui ne sont ni sous la puissance de leur père, ni sous celle de leur mari, comme l'observe très-bien Schulting, quoique Cujas, *observat.* 7, ait pensé que celles qui étaient sous la puissance de leurs maris pouvaient tester, mais sans en donner des raisons suffisantes.

(2) Autrefois les femmes, quoique pubères, étaient toujours en tutelle à cause de la faiblesse de leur esprit; mais elles en sortaient quand elles avaient acquis le droit des enfans, et par conséquent pouvaient tester sans tuteurs. Voy. ci-dessus l'appendice, aux *liv.* 26 et 27.

(3) C'est une espèce de peine du tallion pour celui qui s'est rendu indigne de porter témoignage, qu'on ne puisse pas non plus témoigner pour lui. Gell. *l.* 15 et 13, Révard, sur la loi des douze Tables, *chap.* 10.

(4) Voy. *l* 5. §. 11. *ff. liv.* 47. *des injures.*

tum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi ». *l.* 18. §. 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Simili ratione, Manichæi testamentum facere non possunt; item nec apostatæ. *l.* 4. *et l.* 5. *cod.* 1. 5. de Hæret. et Manich.

Intra quinquennium autem quod inofficiosi querelæ datur, tales eos fuisse probari oportet. *l.* 2. *l.* 3. *et l.* 4. *cod.* 1. 7. *de apost.*

Cæteri hæretici possunt quidem testari : sed si liberos habeant ortodoxos, et qui in ipsos nil deliquerint, quum nihil ipsis auferre possint ex eo quod ab intestato essent habituri, indirecte fit ut testamentum eorum non valeat. Libertates tamen conservabuntur. *l.* 13. §. 1. *cod.* 1. 5. de Hæret. et Manich.

XIV. 3°. Jam vero quum in actibus legitimis certa sententia requiratur, « de statu suo dubitantes (1), vel errantes, testamentum facere non possunt, ut D. Pius rescripsit ». *l.* 15. Ulpian. *lib.* 12. *ad ed.*

Igitur « qui in testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse, aditamque ejus esse hereditatem, testamentum facere non potest, licet jam paterfamilias et sui juris est. Nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest ». *l.* 14. Paul. *lib.* 2. *regul.*

XV. 4°. Item quum ad testamentum certa consilii maturitas requiratur, hinc impubes non potest testari.

Qua autem ætate qui pubes æstimatur ut testari possit, et « a qua ætate testamentum vel masculi vel fœminæ facere possunt, videamus. Et verius est in masculis quidem quartum-decimum annum spectandum, in fœminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum-decimum annum ut testamentum facere possit; an sufficiat complesse? Propone aliquem kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quarto-decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere (2). Plus arbitror, etiamsi pridie kalendarum fecerit post sextam horam (3) noctis, valere testamentum : jam enim complesse

(1) Nec obstat quod capitali sententia damnatus, pendente appellatione, possit testari, Nam de statu suo certus, de duratione duntaxat incertus est.

(2) Quamvis natus sit ultima hujus diei hora, et prima hora testamentum fecerit. Non enim computatur de momento ad momentum, ut complevisse quis certam annorum ætatem videatur. Secus obtinet, quum lex requirit ut quis certam ætatem excesserit, ut in edicto *de minoribus*. Vid. supra, *lib.* 4. *tit.* 4. *de minorib. n.* 2. et ibi notas.

(3) Nam qui ultimum anni diem attigit, annum complevisse intelligitur. Ex hoc textu liquet diem Romanum a media nocte ad insequentem mediam noctem computari.

natus-consulte, incapable de tester, et par conséquent non-seulement de faire un testament lui-même, mais encore de certifier celui d'un autre ».

Par la même raison les Manichéens ne peuvent pas faire de testament, non plus que les apostats. *l.* 2, 3 *et* 4, *cod. des apostats.*

Mais dans les cinq ans pendant lesquels on peut intenter la plainte en inofficiosité, l'on doit prouver leur apostasie.

Les autres hérétiques, à la vérité, peuvent tester; mais seulement lorsqu'ils ont des enfans orthodoxes qui ne se sont point rendus coupables à leur égard; comme ils ne peuvent rien leur ôter de ce qui leur serait revenu *ab intestat*, leur testament est indirectement nul, et cependant les libertés qu'ils ont données sont maintenues. *l.* 13. §. 1. *cod. des Hérétiques et des Manichéens.*

XIV. Mais comme dans les actes légitimes il faut un état certain, « ceux qui doutent de leur condition (1), ou qui se trompent à cet égard, ne peuvent pas faire un testament, comme le dit Antonin-le-Pieux dans un rescrit ».

Par conséquent « si celui qui a été affranchi par testament de son maître ignore qu'il est mort et que sa succession a été acceptée, il ne peut pas faire un testament, quoiqu'ayant déjà le libre exercice de ses droits et actions, et qu'il soit père de famille; parce que celui qui est incertain de son état ne peut pas faire des dispositions certaines par testament ».

XV. 4°. Et comme pour faire un testament il faut une certaine maturité de raison, un impubère ne peut pas tester.

Mais à quel âge peut-on estimer qu'un pubère peut tester, « et depuis quel âge un homme ou une femme peuvent-ils faire un testament? Le mieux est de dire que c'est depuis l'âge de quatorze ans pour un homme, et depuis l'âge de douze ans pour une femme; mais faut-il qu'un homme ait plus de quatorze ans, ou seulement qu'il ait quatorze ans accomplis pour que son testament soit valide? Supposons un individu qui, étant né aux calendes de janvier, aurait fait un testament précisément le même jour, quatorze ans après, son testament est-il valide? Suivant moi il est valide (2), et le serait encore, quoiqu'il l'eût fait la veille à six heures du soir (3), parce

(1) Et il n'y a rien à conclure de ce que le condamné à une peine capitale peut tester jusqu'au jugement sur l'appel, parce qu'il est certain de son état, et n'a d'incertitude que sur la durée.

(2) Quoiqu'il soit né à la dernière heure de ce jour, et qu'il ait fait son testament à la première du même jour, quatorze ans après, parce qu'on ne compte pas les momens pour que quelqu'un soit censé avoir tel âge. Il en est autrement lorsque la loi exige certain âge accompli, comme dans l'édit *des mineurs.* Voy. ci-dessus, *liv.* 4, le titre qui traite *des mineurs*, *n.* 2, et les notes.

(3) Car celui qui a atteint le dernier jour de l'année, est censé avoir accompli cette année. On voit par ce texte que les Romains comptaient le jour de minuit à minuit.

videtur annum quartum-decimum, ut Marciano videtur ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 6. *ad Sab.*

Observa magis hanc ætatem inspici, quam pubertatem ipsam corporalem.

Hinc ita rescribunt Dioclet. et Maxim. : « Si frater patruelis tuus ante decimum-quartum ætatis suæ annum decessit, quum facere non potuit testamentum, nihil recte ex ejus postremo judicio postulatur. Nam si hanc ætatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, suum solenniter ordinavit judicium : hoc evellere frustra conaris ». *l.* 4. *cod.* 6. 22. *qui testam. fac.*

Quocirca de eunuchis dubitatum fuit an testari possint, quum nunquam pubescant. Et consulem Mamercum legimus, ea de causa, bonorum possessionem secundum tabulas denegasse cuidam Genucio : ut refert Valerius Maxim. *lib.* 7. *tit.* 7. Invaluit tamen ut possint testari; sed tardius quam cæteri. Unde Paulus :

« Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est, anno decimo octavo ». Paul. *sent. lib.* 3. *tit.* 4. §. 2.

Constantius autem spadones cæteris exæquavit. Ita ille : « Eunuchis (1) liceat facere testamentum, componere postremas, exemplo omnium, voluntates, conscribere codicillos, salva testamentorum observantia ». *l.* 5. *cod.* 6. 22. *qui test. fac. poss.*

XVI. 5°. Si impubes ob defectum consilii testari prohibetur, a fortiori « in adversa corporis valetudine mente captus, eo tempore testamentum facere non potest ». *l.* 17. Paul. *lib.* 3. *sent.*

De furioso idem constituit Justinianus, scilicet si furore durante testetur. « Furiosum in suis induciis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit ». *l.* 9. *cod.* 6. 22. *qui testam. fac.*

Propter similem consilii defectum, « is cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest; et, si fecerit, ipso jure non valet ». *l.* 18. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Erat et alia ratio propter quam testamentum quod per æs et libram jure Pandectarum fiebat, conficere impediebatur « prodigus; quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest ». Ulp. *lib. fragm. tit.* 20. §. 13.

(1) Sunt qui non de spadonibus hanc legem intelligunt, sed de cubiculariis principum qui *eunuchi* dicuntur : ut, etsi servi sint, possint testari : quod postea Leo Sophus, Novella sua 38, generaliter omnibus servis principis concessit. Alii hanc legem intelligunt de eunomianis spadonibus quibus lex 17. *cod. Theodos.* 16. 6. *de hæreti.* testamenti factionem ademerat : cui rei argumentum præbent leges 23 et 26. *d. tit.*

que sa quatorzième année était censée accomplie suivant Marcian ».

Observez que c'est bien plus cet âge que l'apparence corporelle de puberté qu'il faut considérer.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit : « Si votre cousin-germain est mort avant d'avoir atteint sa quatorzième année, commeil n'est point habile à faire de testament, on ne peut rien demander en vertu de ses dernières volontés; ou s'il avait passé cet âge, quoiqu'il n'eût encore montré aucun signe de virilité, ayant exprimé légalement sa volonté, vous vous efforceriez inutilement d'en empêcher l'effet. « On agite la question de savoir si les eunuques pouvaient tester, comme étant dans l'imposibilité physique de devenir pubères; et nous lisons que le consul Mamercus refusa pour cette raison la possession des biens, en vertu du testament, à un certain Genucius, au rapport de Valère-Maxime, *liv.* 7. *tit.* 7; cependant l'usage a prévalu qu'ils peuvent tester, mais plus tard que les autres. C'est pourquoi Paul dit : les eunuques peuvent faire testament à l'âge où la plupart d'entre eux deviennent pubères, c'est-à-dire, à l'âge de dix-huit ans ».

Mais Constantin les a à cet égard assimilés à tous autres individus. « Il est, dit-il, permis aux eunuques (1) de faire un testament, et d'exprimer par écrit leurs dernières volontés, ainsi que de faire un codicile, en observant les mêmes formalités que tous les autres testateurs ».

XVI. 5°. S'il est défendu à un impubère de faire un testament à cause de la faiblesse de son jugement, à plus forte raison « un homme en maladie, ou tombé en démence, ne peut pas faire un testament en cet état ».

Justinien l'a pareillement décidé ainsi, à l'égard des individus atteints de folie qui auraient fait un testament en cet état. « Quoique les anciens aient douté qu'un tel individu pût faire un acte de dernière volonté, nous avons décidé négativement cette question comme nos prédécesseurs ».

Par la même raison, tirée du défaut de jugement, « celui qui a été interdit ne peut pas faire de testament, et celui qu'il aurait fai serait nul de plein droit ».

Il y avait encore une autre raison pour laquelle le testament qu devait se faire *per æs et librum*, suivant le droit des Pandectes, ne pouvait pas avoir lieu. « Un prodigue ne peut pas émanciper ses enfans, parce qu'il lui est défendu de faire aucun commerce ».

(1) Il y a des jurisconsultes qui n'entendent pas cette loi de ceux qui ont été faits eunuques, mais des valets de chambre des princes qu'on appelait eunuques, et qui, quoiqu'esclaves, pouvaient tester; privilége que Léon-le-Philosophe étendit ensuite à tous les esclaves du prince par la Novelle 38. D'autres entendent cette loi des eunuques nés tels, à qui la faculté de tester avait été ôtée par la *l.* 17. *cod. Théod. sur les hérétiques*, et en donnent pour preuves les lois 23 et 26.

XVII. 6°. Quædam etiam corporis vitia testari impediunt. V. G. « mutus, quoniam verba (1) nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiæ emptoris exaudire non potest (2) ». *d.* §. 13.

Quod « si surdus aut mutus, ut liceret sibi testamentum facere a principe impetraverit, valet testamentum ». *l.* 7. Æmil. Macer. *lib.* 1. *ad l. vicesim. hered.*

Ex constitutione autem Justiniani, qui simul surdus et mutus est, si quidem ab ipsa natura talis est, testari non potest; si ex superveniente morbo talis effectus est, ita demum testari potest, si litteras sciat. Quod si duntaxat surdus est, indistincte testari potest; si mutus duntaxat, ita demum si litteras sciat. *l.* 10. *eod.* 6. 22. *qui test. fac. poss.*

Cæterum nullum aliud vitium corporis testari quem prohibet. Hinc Labeo: « In eo qui testatur, ejus temporis quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est ». *l.* 2. *lib.* 1. *post. a Javol. epit.*

Similiter « senium quidem ætatis vel ægritudinem corporis, sinceritatem mentis tenentibus, testamenti factionem certum est non auferre ». *l.* 3. *eod.* 6. 22. *qui test. fac.* Dioclet. et Maxim.

Item « qui manus amisit, testamentum facere potest, quamvis scribere (3) non possit ». *l.* 10. Paul. *lib.* 3. *sent.*

Cæcus testamentum facere potest, quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes ». Paul. *sent. lib.* 3. *tit.* 4. §. 4.

Certam autem ac specialem cæcis testandi formam constituit Justinianus; de qua infra, *sect.* 2. *art.* 2.

XVIII. Vidimus ex quibus causis testari prohibeatur qui testamenti factionem, quæ juris est, habet. Observandum autem eas non nocere, si post testamentum factum supervenerint.

Hinc de furioso dicitur: « Testamentum quoque, quod ante furorem consummavit, valebit, et bonorum possessio ex eo testamento competit ». *l.* 20. §. 4. *v. testament.* Ulpian. *lib.* 1. *ad Sab.*

Similiter in prodigo: « Quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit ». *l.* 18. *v. quod* Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Item « surdus, mutus, testamentum facere non possunt: sed si quis, post testamentum factum valetudine aut quolibet alio

(1) Vid. infra *sect.* 2.

(2) Hæ rationes referuntur duntaxat ad testamentum quod per æs et libram fit. Sed nec jure prætorio testari possunt, quum mutus testes accire, surdus eos audire non possit.

(3) In scribendo enim testator plerumque utebatur manu alterius, qui *testamentarius* appellatur.

XVII. 6°. Il y a aussi des vices corporels qui rendent incapable de tester. Par exemple, un muet, parce qu'il ne peut pas prononcer ses intentions (1), et un sourd, parce qu'il ne peut pas entendre celles de celui qui fait la mancipation (2).

Mais « si un sourd ou un muet ont obtenu du prince la permission de tester, ils le peuvent validement ».

Cependant, par une constitution de Justinien, celui qui est tout à-la-fois sourd et muet de naissance, ne peut pas tester; s'il n'est devenu tel que par suite d'une maladie, il ne le pourra qu'autant qu'il saura écrire, mais s'il est seulement sourd il peut indistinctement tester; et s'il est seulement muet, il le pourra également pourvu qu'il sache écrire.

Au reste, il n'y a point d'autres vices corporels qui empêchent de tester. C'est pourquoi Labéon dit : « On exige dans celui qui fait son testament qu'il soit sain d'esprit, et non de corps, au moment où il le fait ».

De même « il est certain que la décrépitude de l'âge, ni la maladie du corps, n'empêchent celui qui jouit de toutes ses facultés intellectuelles de faire un testament ».

« Et celui qui a perdu les deux mains peut aussi faire un testament, encore qu'il ne puisse écrire (3) ».

« Un aveugle peut faire son testament, parce qu'il peut entendre les témoins qui lui attestent la relation de ses volontés ».

Mais Justin prescrit aux aveugles une formule particulière de testament, dont nous parlerons ci-après sect. 2. art. 2.

XVIII. Nous avons vu dans quel cas celui à qui le droit donne la faculté de tester, en est empêché; mais il faut observer que les causes qui l'en empêchent ne rendent pas le testament qu'il a fait nul, lorsqu'elles surviennent postérieurement à ce testament.

C'est pourquoi il est dit d'un individu atteint de folie, que « le testament qu'il aura fait avant sa démence vaudra et donnera action pour obtenir la possession des biens ».

Il en est de même d'un prodigue, « le testament qu'il aura fait avant son interdiction sera maintenu ».

Et « un sourd, un muet ne peuvent pas faire un testament, mais celui qu'ils auront fait avant d'avoir été atteints de cette infir-

(1) Voy. ci-après, *sect.* 2.

(2) Ces raisons se rapportent seulement au testament qui se fait *per æs et libram*, c'est-à-dire, *par la formalité de la mancipation*; mais ils ne peuvent pas tester, même suivant le droit prétorien, puisqu'un muet ne peut pas appeler des témoins, et qu'un sourd ne peut pas les entendre.

(3) Car le testateur se servait quelquefois pour écrire de la main d'un autre, qu'on appelait *testamentarius*.

casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus permanet testamentum ». *l.* 6. §. 1. Gaius, *lib.* 17. *ad ed. prov.*

Contra, si, quum quis testatus est, ex aliqua causa testari prohibebatur, licet hæc causa postea cessaverit, nihilomagis ejus testamentum valebit.

Unde, « si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit : quia nullæ sunt tabulæ testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit ». *l.* 19. Modest. *lib.* 5. Pandect.

XIX. Observandum superest quod rescribit Gordianus ; non ideo aliquem testari prohiberi quod socium omnium bonorum habeat. Ita ille : « Quanquam omnium bonorum socer tuus, itemque frater ejus socii fuerint ; tamen, non eo minus idem frater ejus, quum fati munus impleret, testamento suo potuit sibi heredem instituere quem (1) vellet. Item non idcirco minus is testamenti factionem habet, quod indivisam (2) successionem cum sorore sua dicatur habuisse ». *l.* 1. *cod.* 6. 22. *qui testam. fac. poss.*

SECTIO II.

De forma testamentorum.

Circa hanc materiam exponemus : 1°. quæ fuerint olim formæ testamenti conficiendi sive ex jure civili, sive ex jure prætorio ; 2°. quæ novæ formæ ab imperatoribus introductæ sint.

3°. Discutiemus quanta sit auctoritas testamenti jure confecti, et quatenus noceat aliquam ex solennitatibus prætermissam fuisse.

4°. Pauca de testamentorum insinuatione et vetita eorum translatione subjungemus.

ARTICULUS I.

De forma testamentorum antiqua.

§. I. *Quotuplex olim fuerit forma testamenti conficiendi ex jure civili ?*

XX. « Testamentorum genera fuerunt tria ; unum quod *calatis comitiis*, alterum quod *in procinctu*, tertium quod *per æs et libram* appellatum est ». Ulp. *fragm. tit.* 20. §. 2.

(1) Ratio dubitandi erat quod lex XII Tab. permittit testamentum facere de *pecunia sua*, de patrimonio suo. Porro dubitari poterat an patrimonium, quod quis non proprium, sed cum alio commune haberet, posset videri *suum*, ut de illo testari posset.

(2) Eadem ratio dubitandi.

mité, par l'effet d'une maladie ou de quelqu'autre accident, sera également maintenu ».

Au contraire, lorsqu'un individu a testé, dans quelques cas où il en fut empêché, quand cet empêchement viendrait à cesser ensuite, son testament n'en sera pas moins nul.

C'est pourquoi « si un fils de famille, un pupille ou un esclave ont fait et signé un testament, on ne pourra pas donner la succession des biens en vertu d'un testament, quoique le fils de famille soit hors de la puissance paternelle, que le pupille soit devenu pubère, ou que l'esclave ait recouvré sa liberté, parce que ce testament est nul, comme fait par une personne qui n'avait pas la faculté de tester ».

XIX. Il reste à observer ce que dit Gordien dans un rescrit, qu'on n'est pas empêché de tester parce qu'on est en société de tous biens. Voici ses termes : « Quoique votre beau-père et son frère aient contracté une société de tous leurs biens, son frère n'a pas moins pu en mourant instituer qui il voudrait pour héritier (1), et celui qui a une succession indivise avec sa sœur (2), n'en a pas moins le droit de faire un testament ».

SECTION II.

De la forme des testamens.

Nous exposerons sur cette matière, 1°. quelles furent autrefois les formalités à observer dans les testamens, suivant le droit civil et le droit prétorien; 2°. quelles sont celles qui ont été plus récemment introduites par les constitutions impériales.

3°. Nous discuterons l'autorité d'un testament fait suivant le droit; et nous examinerons jusqu'à quel point peut lui préjudicier l'omission d'une des formalités prescrites.

4°. Nous ajouterons quelques réflexions sur l'insinuation des testamens et sur la défense de les déplacer.

ARTICLE I.

De l'ancienne forme des testamens.

§. I. *Combien il y avait anciennement de formes des testamens suivant le droit civil.*

XX. « Il y avait autrefois trois espèces de testamens, savoir : le testament *calatis comitiis*, le testament *in procinctu*, et le testament *per æs et libram*.

(1) La raison de douter était que la loi des douze Tables permettait de donner par testament son argent et son patrimoine : or, on pouvait douter qu'elle ne parlât que du patrimoine propre, et qu'elle ne regardât pas comme propre un patrimoine avec un autre, à l'effet d'en pouvoir disposer par testament.

(2) Même raison de douter.

Quid est autem testamentum *calatis comitiis*, quid est *in procinctu?*

Et 1°. de *calatis comitiis.*

Comitia a *coeundo* dicta sunt, et nihil aliud sunt quam conventus populi romani ad suffragium ferendum de aliqua re. Varia eorum genera erant; nimirum *curiata*, *centuriata et tributa.* Quocirca sciendum est Romulum urbem ac populum in tres partes ac regiones distribuisse, quas *tribus* vocavit: singulas autem tribus in decem *curias* divisisse, ita ut essent Romæ triginta curiæ; quibus singulis singulos curiones præfecit, et propria cuique curiæ sacra assignavit (1). Harum triginta curiarum numerus permansit: tribuum vero numerus crevit ad trigintaquinque, quarum quatuor *urbanæ*, cæteræ *rusticæ.* Et hæ quidem urbanis longe præstantiores, in quas scilicet optimi quique ac præstantissimi cives referri se ac censeri curabant; quum urbanæ opificibus, præconibus, scribis, cæteraque turba forensi potissimum constarent. Fuit et alia populi romani divisio, ex instituto regis Servii-Tullii, in classes et centurias; in quas quisque pro modo census quem professus erat, distribuebatur. Prima classis, quæ ditiorum erat, continebat decem et octo equitum, et octoginta peditum centurias; 2ª. classis, viginti et duas; 3ª. viginti; 4ª. viginti et duas; 5ª. triginta centurias habebat. Sexta classis, quæ egenorum erat, pro una centuria habebatur. Erant igitur omnes centuriæ, centum nonaginta-tres.

Ex his intelligere est quid sint *curiata* comitia, quid *centuriata*, quid *tributa.* Nimirum ea in quibus per singulas curias suffragium ferebatur, ut, quod major pars curiarum jussisset, a populo jussum videretur, *curiata* comitia dicebantur. Quod si per centurias suffragium ferretur, *centuriata;* si per tribus, *tributa* comitia erant.

Calata autem *comitia* non sunt proprium comitiorum genus; et ita initio dicta sunt omnia comitia, a Græco verbo καλειν, quod est *vocare;* quasi *convocata.* Quum autem in usu hæc vox esse desiisset, nomen *calatorum comitiorum* his tantum comitiis remansit, quæ pro collegio pontificum, et his quæ testamentorum condendorum gratia habebantur; idque religionis cujusdam et antiquitatis ratione.

Hæc comitia testamentorum condendorum causa bis in anno pacis tempore habita fuisse refert Theophilus (2) *institut. h. tit.* Ibi

(1) Erant igitur istæ *curiæ*, quod apud nos *parochiæ.*

(2) Id moris antiquitus fuisse ut bis in anno comitia testamentorum con-

Mais quel est le testament *calatis comitiis*, et le testament *in procinctu?*

Et 1°. du testament *calatis comitiis.*

Le mot *comitia* dérive du verbe *coire*, et les mots *calata comitia* ne signifièrent autre chose qu'une assemblée du peuple romain pour donner son suffrage sur quelques affaires. Il y en avait de plusieurs genres, savoir : les *comitia curiata*, les *comitia centuriata* et les *comitia tributa.* A cet égard il faut savoir que Romulus distribua la ville de Rome et ses habitans en trois parties ou cantons qu'il appela tribus; qu'il divisa chacune de ces tribus en dix curies, de manière qu'il y avait à Rome trente de ces curies, à la tête de chacune desquelles était un des curions, et qu'il assigna aussi à chacune de ces curies un temple particulier (1). Le nombre de ces curies ne fut point changé; mais celui des tribus fut porté jusques à trente-cinq, dont quatre pour la ville et les autres pour la campagne; mais ces dernières étaient beaucoup plus distinguées que celles de la ville, et tous les principaux citoyens de la ville avaient grand soin de s'y rendre; pendant que celles de la ville n'étaient composées que d'ouvriers, de crieurs publics, d'écrivains et autres individus subalternes du forum. Il y avait une autre division du peuple romain que Servius-Tullius avait faite, par classes et centuries, où il avait réparti chacun des citoyens en raison des impôts qu'il payait. La première classe, qui était celle des plus riches, contenait dix-huit curies pour le service de la cavalerie, et quatre-vingts curies pour celui de l'infanterie; la seconde en contenait vingt-deux; la troisième vingt; la quatrième vingt-deux; la cinquième trente; la sixième, qui était celle des pauvres, n'était réputée que pour une centurie. Il y avait donc à Rome cent quatre-vingt-treize centuries.

Il est aisé de juger par là ce qu'étaient les assemblées par curies, par centuries et par tribus; c'est-à-dire, que celles dans lesquelles les suffrages étaient donnés par curies, et où la majeure partie avait décidé ce qu'ordonnait le peuple romain, s'appelait assemblée par curies; celle où on délibérait par centuries, s'appelait assemblée par centuries; et celle où l'on délibérait par tribus, s'appelait assemblée par tribus.

Les *calata comitia* n'étaient point une espèce particulière d'assemblée. C'était ainsi qu'on avait appelé dans l'origne toutes les assemblées, du mot grec καλειν, qui signifit *vocare*, comme si l'on disait assemblées convoquées. Comme ce mot était tombé en désuétude, il ne fut plus que le nom des assemblées du collége pontifical, de celle qui avait lieu pour faire des testamens, par un motif particulier de religion et d'antiquité.

Ces assemblées, pour faire des testamens, avaient lieu en tems de paix deux fois dans l'année; au rapport de Théophile (2), *ins-*

(1) Ces curies étaient donc ce que sont parmis nous nos paroisses.

(2) Heineccius, entre autres savans, doute que ce fût anciennement l'u-

quicumque testamentum facere volebat, illud in concione populi condebat per modum legis, rogando ut quis sibi heres esset: quæ rogatio, populi suffragio confirmabatur. Scilicet existimabant Romani legem ex qua heredes ab intestato habebant, nonnisi alia lege in comitiis lata tolli posse. His comitiis interveniebant pontifices, nimirum ut sacra privata testatoris ad heredem transirent. Et ita testamenta fiebant *calatis comitiis*.

Quod spectat testamentum *in procinctu*, illud in rebus trepidis cives romani cincti et ad bellum proficiscentes et quasi devoti diis manibus faciebant. Hæc enim devotorum voluntas ultima, pro lege erat, tacito populi suffragio rata. Hujus testamenti meminit Plutarchus in vita Coriolani, ubi moris fuisse refert apud Romanos, ut « *milites* in acie jamjam profecturi ad pugnam, testamentum » facerent nuncupando viva voce, coram tribus aut quatuor tes- » tibus, quem sibi heredem vellent ». Extra tale periculum milites testabantur jure ordinario.

XXI. Exoleverunt autem testamenta in procinctu, ex quo bella auspicato geri desierunt: quod jam Ciceronis ævo usurpatum fuisse ipse testatur, de nat. deor. *lib.* 2, *cap.* 3. Comitia autem

---

dendorum causa convocarentur, in dubium revocat, inter alios eruditissimos viros, Heinneccius *antiquit. roman. lib.* 2. *tit.* 10. *n.* 3. Nititur auctoritate Gellii *noct. attic.* 15. 25. ubi scriptum est, *calata comitia esse quæ pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inauguratione... iisdem comitiis quæ calata appellari diximus, et testamenta fieri solebant.* Inde colligit vir clarissimus testamenta fuisse velut appendicem comitiorum alia de causa convocatorum; nusquam vero principaliter testamentorum condendorum gratia convocata fuisse comitia.

Verum, quantacumque sit ea textus Gellii auctoritas, nemo credet Theophilum in hoc somniasse, quod potius ex fide antiquorum scriptorum (qui forte ad nos non pervenerunt) tradidisse censendus est. Quin etiam, sic optime Theophilus cum Gellio conciliabitur, si dicamus: antiquissimis quidem temporibus, antequam inventa essent testamenta *per æs et libram*, obtinuisse quod refert Theophilus, ut principaliter testamentorum condendorum causa comitia *calarentur* seu convocarentur. Et sane his temporibus quibus Romani non aliter quam in comitiis testamenta sua ordinare poterant, dignissima hæc causa fuit cur comitia convocarentur: tanta erat testamentorum cura, et si dicere fas sit, religio! Ad hæc igitur antiquissima tempora respicit Theophilus. Textus autem Gellii ad sequentia referendus, quibus, invento testamentorum *per æs et libram* ritu, comitia utpote jam his condendis non necessaria, convocari horum gratia desierant. Quanquam adhuc aliqui cives antiquorum rituum tenacissimi, neglecto novo ritu *æris et libræ*, testamenta sua in comitiis quæ alia de causa convocarentur, ordinarent: sicque testamenta facta sunt velut appendix comitiorum.

titut. h. t., là quiconque voulait faire un testament prononçait ses volontés en forme de loi, au milieu du peuple assemblé, et demandait que tel fût son héritier, prière que confirmait le suffrage du peuple. C'est-à-dire, que les Romains pensaient que la loi, en vertu de laquelle ils avaient des héritiers *ab intestat*, ne pouvait être abrogée que par une autre loi portée dans une assemblée du peuple. Les pontifes intervenaient dans ces assemblées pour transférer à l'héritier les objets du culte du testateur, et c'était ainsi que se faisaient les testamens *calatis comitiis*.

Pour ce qui concerne le testament *in procinctu*, les Romains le faisaient dans les circonstances fâcheuses, et lorsqu'ils étaient ceints pour la guerre, comme dévoués à leurs dieux mânes; cette dernière volonté était regardée comme une loi, lorsqu'elle était confirmée par le suffrage du peuple. Plutarque fait mention de cette espèce de testament, dans la *Vie de Coriolan*, où il rapporte que c'était un usage chez les Romains, que « les militaires prêts à » partir pour combattre, fissent leur testament en déclarant de » vive voix, devant trois ou quatre témoins, celui qu'ils voulaient » qui fût leur héritier » : hors cette circonstance, les militaires faisaient leur testament avec les formalités ordinaires.

XXI. Mais les testamens *in procintu* tombèrent en désuétude, depuis qu'on ne consulta plus les augures pour faire la guerre; comme on le voit déjà du tems de Cicéron, par son traité de la

---

sage de convoquer deux fois par an les assemblées pour faire des testamens. *Antiq. romain. liv.* II. *tit.* 10. *n.* 3. Il appuie ce doute sur l'autorité d'Aulu-Gelle, *dans ses Nuits attiques*, 15, 27, où il est dit que les *calata comitia* étaient des assemblées du collége des pontifs pour l'inauguration d'un roi ou d'un flamine, et que c'était dans ces assemblées qu'on avait coutume de faire les testamens. Un homme célèbre en conclut que les testamens étaient comme des appendices d'assemblées convoquées pour d'autres affaires, et que jamais on n'a convoqué des assemblées principalement pour faire des testamens.

Mais quelque respectable que soit l'autorité de ce texte d'Aulu-Gelle, personne ne croira que Théophile ait déliré sur ce point, mais plutôt qu'il a écrit d'après d'anciens auteurs qui ne nous sont peut-être pas parvenus. Nous pouvons même très-bien concilier Théophile avec Aulu-Gelle, en disant que dans les tems les plus anciens, et avant qu'on eût introduit les testamens *per æs et libram*, on pratiquait ce que rapporte Théophile, et on assemblait les *comitia calata* pour faire des testamens. Et certainement dans le tems que les Romains ne pouvaient faire leurs testamens que dans les assemblées du peuple, les testamens étaient une cause assez importante pour faire convoquer des assemblées, car ils y mettaient même une sorte de religion, s'il est permis de parler ainsi. C'est donc à ces tems qu'il faut rapporter ce que dit Théophile, et il faut rapporter à d'autres tems ce que dit Aulu-Gelle, c'est-à-dire, à ceux où on avait introduit les testamens *per æs et libram*; et les assemblées n'étant plus nécessaires pour les faire, on avait cessé de les convoquer pour cela, quoiqu'il y eût encore quelques citoyens assez attachés aux anciens usages, pour ne pas vouloir faire leur testament *per æs et libram*, et les faire dans des assemblées convoquées pour d'autres causes; d'où suit que les testamens ne feront plus qu'un appendices de ces assemblées.

testamentorum condendorum causa minus frequentari et sensim exclevisse dudum ante debuerant; ex quo scilicet, latissima testandi facultate per legem XII Tabularum unicuique concessa, jurisconsulti, qui legis actiones componebant (seu varias ex lege et legis interpretatione agendi formulas et modos solennes), invenerunt ipsi et ritum testandi solennem, cujus ope non amplius necesse haberent cives expectare tempus comitiorum. Hic modus dictus est *per æs et libram*, de quo ita pergit Ulpianus:

« Illis duobus testamentis abolitis, hodie solum in usu est, quod *per æs et libram* fit; id est, per mancipationem (1) imaginariam. In quo testamento libripens (2) adhibetur, et familiæ (3) emptor, et non minus quam quinque testes cum quibus (4) testamenti factio est ». Ulp. *fragm. tit.* 20. *d.* §. 2.

Raro autem eum, quem quis sibi heredem vellet, testator adhibebat familiæ suæ emptorem; sed interponebat aliquem qui his, sibi heredes vellet, familiam esset remancipaturus.

§. II. *De conditionibus requisitis ad formam testamenti* per æs et libram, *quod jure Pandectarum obtinebat.*

« In testamento quod per æs et libram fit, duæ res aguntur: *Familiæ mancipatio*, et *nuncupatio testamenti.* Nuncupatur testamentum in hunc modum: Tabulas testamenti testator tenens ita dicit: *Hæc uti his tabulis cerisve scripta* (5) *sunt, ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos quirites testimonium præbitote.* Quæ nuncupatio, et *testatio* vocatur ». *d. t.* 20. §. 9.

Præter hanc familiæ mancipationem et nuncupationem testamenti, plura adhuc ad formam testamenti requiruntur ex jure civili.

---

(1) De mancipatione vid. *tit.* 7. *de adop. et emancip.* supra, *lib.* 1.

(2) *Libripens* erat civis Romanus, qui stateram teneret, et æs appenderet quod familiæ emptor, tanquam hereditatis pretium imaginarium, testatori dabat.

(3) Id est, hereditatis, substantiæ, patrimonii emptor.

(4) Qui nimirum idonei sunt ad testimonium perhibendum conficientibus testamentum.

(5) Poterat etiam et citra scripturam viva voce ultimas voluntates suas nuncupare: ut liquet ex *l.* 1. §. 3. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* et alibi passim.

Nature des Dieux, liv. 2, chap. 3. Mais les assemblées pour faire des testamens, durent cesser insensiblement d'avoir lieu, et être tombées en désuétude long-tems auparavant; c'est-à-dire, depuis que la loi des XII Tables, ayant donné à chacun une faculté de tester très-étendue, les jurisconsultes, qui composaient les actions de la loi (ou les différentes formes des actions, d'après leurs interprétations sur la loi), introduisirent eux-mêmes une forme solennelle de testament, au moyen de laquelle les citoyens n'avaient plus besoin d'attendre qu'on convoquât des assemblées. C'est cette formule qu'on a appellée *per æs et libram*, et c'est de cette formule qu'Ulpien dit encore :

« Ces deux formules de testamens ayant été abolies, on ne fait plus d'usage aujourd'hui que de la formule *per æs et libram;* c'est-à-dire, par mancipation fictive (1), dans laquelle intervient un *libripens* (2), un acquéreur des biens (3), et un nombre au moins de cinq témoins, en présence desquels (4) se fait le testament ».

Mais il était rare que le testateur présentât celui qu'il voulait faire son héritier, comme acquéreur de ses biens, et il faisait intervenir quelqu'un qui les rachetait pour ceux que le testateur instituait ses héritiers.

§. II. *Des conditions requises pour la forme du testament qui avait lieu sous le décret des Pandectes.*

« Il se fait deux choses dans le testament *per æs et libram;* c'est-à-dire, la mancipation des biens et la déclaration du testament. Voici comment se fait la déclaration du testament : le testateur tenant son testament dit : Je donne, je lègue, je teste les choses que j'ai écrites sur ces feuilles ou ces tablettes (5), citoyens romains, rendez-en témoignage. Cette déclaration s'appelait aussi témoignage ».

Outre cette déclaration de testamens et mancipations de biens, il y avait encore plusieurs solennités requises par le droit civil pour la forme du testament.

---

(1) Sur la mancipation. Voyez le titre *des adoptions et émancipations*, *livre* 1.

(2) Ce *Libripens* était un citoyen romain, qui tenait une balance sur laquelle était une pièce d'argent que l'acquéreur était censé donner fictivement au testateur pour prix de ses biens.

(3) C'est-à-dire, l'acquéreur de l'hérédité, des biens, du patrimoine.

(4) C'est-à-dire, capable de rendre témoignage à ceux qui font le testament.

(5) Il pouvait aussi énoncer ses dernières volontés de vive voix et sans écrire, comme on le voit dans la loi 1. §. 3. *ff. de l'institution d'héritier*, et même ailleurs.

Prima conditio. — *Ut testator nomina heredum aut ipse scripserit aut nuncupaverit*

XXII. Et quidem « heredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere : sed si nuncupat, palam debet ».

Quid est *palam?* Non utique in publicum, sed ut exaudiri possit. Exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus, et, si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solennem numerum exaudire ». *l.* 21 Ulp. *lib.* 2. *ad Sab.*

Præter nomina autem heredem (quæ, quum viva voce non nuncupantur, a testatore scripta esse debent) cætera, quæ in testamento continentur, nil refert quis scripserit.

Hinc et « servus, licet alienus, jussu testatoris testamentum scribere non prohibetur ». *l.* 28. Mod. *lib.* 9. regul.

Secunda conditio. — *Ut uno contextu fiat testamentum.*

XXIII. « Uno contextu actus testari oportet (1). Est autem *uno contextu*, nullum actum alienum testamento intermiscere (2). Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur ». *sup. d. l.* 21. §. *fin.*

Hinc, « si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro (3) facienda sunt ». *d. l.* 21. §. 1.

Nota : « Quod vero quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solennia explanare possit, quæritur ? Ut puta : Stichum legaverat, quum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret; Titio legavit, quum multos Titios amicos haberet; erraverat in nomine, vel prænomine, vel cognomine, quum in corpore non errasset : Poteritne postea declarare de quo senserit? Et puto posse. Nihil enim nunc dat, sed datum significat. Sed et si notam postea adjecerit legato, vel sua voce vel litteris, vel sum-

(1) Hoc commune omnibus actibus legitimis : ut observavimus in præf. *part.* 1. *cap.* 1. §. 3.

(2) Nec obstat 1°. quod adsignare testamento libertum potest : *l.* 7. *ff.* 38. 4. *de adsign. libert.* Nam assignando libertum, cum nemine contrahit; voluntatem suam duntaxat declarat : unde talis actus non videtur testamento alienus. Nec obstat 2°. quod possit pignus testamento constitui : nam hoc intelligendum est de pignore quod testator concedit legatario pro eo quod ipsi legatum est : et hoc pertinet ad id quod testamento agitur. Nec obstat 3°. quod mortis causa donari potest in testamento : nam ad instar legatorum et fideicommissorum id obtinet; unde non videtur actus testamento alienus.

(3) Ita mero jure : nam nuda voluntate legata revocantur data exceptione *doli.* Vid *tit.* 4. *de adimend. vel transfer. legat.* infra, *lib.* 34.

Première condition. — *Il faut que le testateur ait écrit lui-même, ou déclaré les noms de ses héritiers.*

XXII. Et même, « il doit déclarer les noms de ses héritiers, de manière a être entendu. Il peut donc écrire, déclarer les noms de ses héritiers à son choix; mais s'il ne fait que les déclarer il doit le faire *palam* ».

« Que veut dire ce mot *palam*? Il ne veut pas dire en public; mais il exprime seulement la manière de se faire entendre, non pas encore de tout le monde, mais de ses témoins; et encore, s'il en a fait venir plus qu'il ne devait, il suffit qu'il ait été entendu du nombre prescrit ».

Excepté le nombre des héritiers que le testateur doit déclarer de vive voix, ou écrire lui-même, il importe peu quelle personne ait écrit le texte du testament.

C'est pourquoi « un esclave, même étranger, peut écrire un testament si le testateur l'en charge ».

Seconde condition. — *Un testament doit être fait dans un seul contexte.*

XXIII. « Il faut tester dans un seul contexte d'acte (1); mais pour cela il suffit qu'il n'y ait aucun autre acte généré dans le testament (2); mais les actes relatifs aux testamens, peuvent y être insérés sans les vicier ».

C'est pourquoi, « si après avoir fait le testament, on veut y changer quelque chose, il faut le refaire en entier (3) ».

Observations. « Mais on demande si ce que le testateur à déclaré, ou écrit d'une manière obscure dans son testament, peut être expliqué plus clairement dans la suite; comme, par exemple, s'il a légué Stichus, ayant plusieurs esclaves de ce nom, sans désigner lequel, ou bien s'il a légué à Titius, ayant plusieurs amis du même nom, sans dire auquel d'entr'eux; ou s'il s'est trompé, non dans la personne, mais dans le prénom, le nom ou le surnom, pourra-t-il s'expliquer dans la suite à cet égard? Je pense

(1) Cela était commun à tous les actes légitimes, comme nous l'avons observé dans notre préface, *part.* 1. *chap.* 1. §. 3.

(2) Nonobstant 1°. qu'il peut assigner par son testament un affranchi, *l.* 7. *ff. de la manière dont les affranchis sont assignés aux fils des patrons*; car en assignant un affranchi il ne contracte avec personne, il déclare seulement sa volonté, et c'est pourquoi cet acte n'est pas censé étranger à son testament; nonobstant 2°. qu'il y peut constituer en gage, parce que cela s'entend du gage que le testateur donne à son légataire pour une chose léguée, et que cet acte fait partie du testament; nonobstant 3°. qu'il peut donner à cause de mort dans son testament, et que cela est reçu à l'instar des legs et fidéicommis, ce qui fait que cet acte n'est pas non plus étranger au testament.

(3) Il en était ainsi suivant le droit; car les legs étaient révoqués par la simple volonté du testateur et l'exception du dol. Voyez *tit. de adimen. vel transfer. legat.* ci-après, *liv.* 34.

mam vel nomen legatarii quod non scripserat, vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? Et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi. Nam etsi adjecta non fuisset, utique placeret conjectionem fieri ejus, quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis ». *d. l.* 21. §. 1. *v. quod vero.*

Tertia conditio. — *Ut testamentum perfectum sit.*

XXIV. Requiritur etiam, ut testamentum valeat, illud ad finem fuisse perductum.

Igitur, « si is qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis cœpisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus, Digestorum libro 1, Servium respondisse scripsit : itaque primos heredes ex testamento non (1) futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare. Ego nec Servium puto aliud sensisse ». *l.* 25. Javol. *lib.* 5. *post. Labeonis.*

Quarta conditio. — *Ut testes rogati et ad finem usque præsentes adfuerint.*

XXV. Illud quoque requiritur, ut testes (quinque numero) coram quibus testamenti solennia peragi debere diximus, fuerint rogati ea de causa adesse.

Igitur « in testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos, a testandum non esse idoneos placet ».

« Quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere ». *l.* 21. §. 2. Ulp. *lib.* 2. *ad Sab.*

XXVI. Recte item « et veteres putaverunt eos, qui propter solennia testamenti adhibentur, durare debere donec suprema contestatio peragatur ». *l.* 20. §. 8. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

---

(1) Non obstat lex 29. *h. tit.* infra art. 3. Nam dissimilis omnino species. Hic, quum vellet testari per nuncupationem, non omnes quos sibi volebat heredes nuncupavit : testamentum incœpit, non perfecit. At in specie *l.* 29. *h. tit.* omnes, quos sibi voluit, heredes instituit ; testamentum perfecit : sed tantum circa quosdam ex his quos instituit, omisit eos palam nuncupare, aut eorum nomina propria manu scribere. Unde eorum duntaxat institutio corruere debet; cæterorum, circa quos id observatum est, institutio debet valere.

qu'il le peut, parce que ce n'est pas donner de nouveau, mais expliquer ce qu'on a voulu donner, ou à qui on a voulu le donner, mais s'il a ajouté par écrit ou de vive voix, à son legs, une note pour déclarer le nom du légataire, quelle somme il a voulu léguer, ou la qualité des espèces, le testament vaudra-t-il encore? Suivant moi, cette note, par rapport à la qualité des espèces, ne peut pas le vicier, parce que, quand il ne l'aurait pas faite, il aurait fallu conjecturer la qualité de son legs, d'après les expressions du testament, d'après ses rapports avec les légataires, et d'après l'usage du pays ».

Troisième condition. — *Il faut que le testament soit parfait.*

XXIV. Pour que le testament soit valide, il faut aussi qu'il soit achevé.

Ainsi, « si celui qui faisait son testament, a nommé ses premiers héritiers, et n'a pas nommé les seconds, Varus dit que l'opinion de Servius était que ce testateur avait plutôt commencé que fait son testament, lequel est par conséquent nul, par rapport aux premiers héritiers qu'il a nommés (1), ce qui, suivant Labéon, est vrai, seulement dans le cas où il serait constant que le testateur voulait en instituer d'autres, et je pense que Servius n'a pas voulu dire autre chose ».

Quatrième condition. — *Il faut que les témoins appelés, aient été les seuls jusques à la clôture du testament.*

XXV. Il faut aussi que des témoins, au nombre de cinq, devant lesquels nous avons dit que le testament devait être fait, aient été appelés, et aient été présens.

Ainsi, « il a été décidé, par rapport aux testamens qui doivent être faits devant des témoins, que ceux qui auraient été appelés pour autre chose, ne pourraient pas servir pour le testament ».

« Ce qui doit s'entendre en ce sens que, bien qu'ils eussent été appelés, et se fussent rassemblés pour autre chose, si cependant on leur avait dit avant tout, qu'ils devaient servir de témoins pour un testament, ils n'en pouvaient pas moins être utilement employés à cet effet ».

XXVI. C'était aussi, et avec raison, que « les anciens pensaient que les témoins, appelés pour un testament, devaient rester présens jusques à la fin ».

---

(1) Nonobstant la loi 29 de ce titre, ci-après *art.* 3; car c'est une espèce différente ici, le testateur voulant faire son testament par déclaration, n'a pas déclaré tous ceux qu'il voulait instituer héritiers, et a commencé plutôt que fait son testament; au lieu que dans l'espèce de la loi 29 de ce titre, il a institué tous ceux qu'il voulait, et a fini son testament; mais seulement il a omis de déclarer quelques-uns de ceux qu'il instituait publiquement, ou d'écrire leur nom de sa propre main; d'où suit que leur institution seule doit être nulle, et que celle des autres doit valoir.

Et quidem sponte : « Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant non valere testamentum ». *d. l.* 20. §. *fin.*

Quinta conditio. — *Ut hæ personæ ad solennia testamenti adhibitæ fuerint, quæ non prohibentur.*

XXVII. Superest ut videamus quales debeant esse personæ quæ testamentis adhiberi possunt.

Et quidem non solum cives romani, sed etiam ipse « Latinus Junianus (1), et familiæ emptor, et testis, et libripens fieri potest; quoniam eum eo testamenti factio est ». Ulp. *fragm. tit.* 20. §. 8.

Item in testibus, juris civilis communionem, « non tamen intelligentiam sermonis exigimus. Hoc enim D. Marcus Didio-Juliano in teste, qui latine non noverat, rescripserit : nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere ». *d. l.* 20. §. 9. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

XXVIII. Quæ autem personæ adhiberi non possunt?

1°. « Servus quoque merito ad solennia adhiberi non potest, quum juris civilis communionem non habeat in totum, nec (2) prætoris quidem edicti ». *d. l.* 20. §. 7.

Recte tamen adhibetur servus, si omnium consensu tunc liber habebatur, ut rescripsit Hadrianus : « Testes, servi an liberi fuerint, non in hac causa tractari oportet; quum eo tempore quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit ». *l.* 1. *cod.* 6. 23. *de testament.*

2°. « Mutus, surdus, furiosus, pupillus, fœmina, neque familiæ emptor, neque testis libripensve fieri potest ». Ulp. *fragm. tit.* 20. §. 7.

In muto, aut surdo, aut pupillo, patet ratio prohibitionis. Sed « ne furiosus quidem testis adhiberi potest, quum compos mentis non sit. Sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest ». *sup. d. l.* 20. §. 4.

Circa fœminas vero notandum quod « mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit (3). Alias autem posse tes-

(1) Latini consortium mancipationum et plurium aliorum jurium cum civibus habebant. Secus, peregrini.

(2) Unde nec testis esse potest in eo testamento quod fit jure prætoris, de quo infra. An hæc lex exceptionem patiatur in servis publicis, vid. not. ad *l.* 175. *ff.* 50. 17. *de regul. jur.*

(3) Moribus Romanorum, fœminæ non debent egredi domo nisi exigente necessitate. Inde ab officiis civilibus remotæ sunt. Hinc non possunt esse testes in testamentis et aliis actibus, in quibus liberum erat masculos potius quam illas ad testimonium accersere : in judiciis autem testes adhibentur,

Et même librement; « car s'ils avaient été retenus malgré eux, on pense que le testament serait nul ».

Cinquième condition. — *Il faut aussi que les témoins appelés à la rédaction du testament, aient qualité pour le certifier.*

XXVII. Il nous reste à observer quelles doivent être les personnes employées pour témoins dans un testament.

Ces personnes sont, non-seulement les citoyens romains, mais encore un individu Latin-Junien (1), peut être l'acheteur des biens, le témoin et le *libripens* d'un testament, parce qu'il est habile à faire et à recevoir un testament ».

Il faut que les témoins soient en communauté de droit civil; « on n'exige cependant pas qu'ils entendent la langue du testament; car l'empereur Marc-Aurèle l'a décidé dans un rescrit, adressé à Didius Julianus, par rapport à un témoin qui n'entendait pas la langue latine, parce qu'il suffisait qu'il pût savoir autrement, par qui, et pourquoi il était appelé ».

XXVIII. Mais quelles personnes ne peuvent pas être appelées pour témoins à un testament? ce sont :

1°. « Un esclave qui est exclu avec raison, comme privé de toute participation aux droits civils et aux droits qui dérivent de l'édit du préteur (2) ».

Un esclave peut cependant être témoin d'un testament, lorsqu'il est publiment reconnu comme un homme libre, ainsi que le décide Adrien dans un rescrit : « Il n'y a pas lieu d'examiner si les témoins du testament étaient dès hommes libres, puisqu'au tems où il a été fait, tout le monde les regardait comme des hommes libres, et que personne ne leur avait contesté leur état ».

2°. « Un muet, un sourd, un fou, un pupille, et une femme, ne peuvent être ni acquéreurs des biens, ni témoins, ni libripens ».

La raison en est évidente, par rapport au muet, au sourd et au pupille; mais « un fou ne peut pas, à la vérité, être témoin quand il est en démence; mais il peut être appelé comme tel, dans un intervalle lucide ».

Par rapport aux femmes, il faut observer qu'une femme ne peut pas, à la vérité, servir de témoin pour un testament (3), mais

(1) Les Latins participaient aux droits de mancipation, et à plusieurs autres droits avec les citoyens romains : il en était autrement des étrangers.

(2) D'où suit qu'il ne peut pas être témoin dans le testament fait suivant le droit prétorien, et dont nous parlerons plus bas. Voyez si cette loi souffre exception par rapport aux esclaves publics, dans la note sur la *l.* 173, *des règles du droit.*

(3) Suivant les mœurs des Romains, les femmes ne devaient sortir de leurs maisons que dans les cas d'urgence; c'était pourquoi elles étaient exclues des charges publiques; c'était aussi pourquoi elles ne pouvaient être témoins ni dans les testamens ni même dans les autres actes quand il était

tem esse mulierem, argumento est lex Julia *de adulteriis*, quæ adulterii damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat (1) ». *l.* 20. §. 6. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

« Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit ». *l.* 15. §. 1. *ff.* 22. 5. *de test.* Paul. *lib.* 3. sent.

3°. Præterea Ulpianus, de eo, cui lege bonis interdictum est, ait : « Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, quum neque (2) testamenti factionem habeat ». *l.* 18. *v. merito.* Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

XXIX. 4°. Item qui lege aliqua intestabiles sunt, testamento adhiberi non possunt, ut jam supra obiter vidimus.

V. G. « repetundarum damnatus, nec ad testimonium adhiberi potest ». *sup. d. l.* 15. *ff.* 22. 5. *de test.*

Et alibi : « Eum qui lege (Julia) *repetundarum* damnatus est, ad testamentum adhiberi [non (3)] posse existimo; quoniam in judicium testis esse vetatur ». *l.* 20. §. 5. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

« Scio quidem tractatum esse an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et sane juste testimonii officio ei interdicetur. Existimo ergo, neque jure civili testamentum valere, ad quod hujusmodi testis processit, neque jure prætorio,

---

quia hoc necessitas exigit. Si enim factum illud, cujus probatio quæritur, non ad masculorum sed ad fœminarum notitiam pervenerit, adimeretur copia probationis, nisi fœminæ ad testimonium advocarentur.

(1) Unde sequitur hoc cæteris fœminis permitti. Ita Heineccius in *instit. ad tit. de testam.* §. 495. item in Pandectis ad hunc titulum *n.* 14. Nimirum censet vir clarissimus, etsi jam dudum mos testamentorum in comitiis condendorum exoletus fuisset; tamen ex hoc more remansisse ut testamentis non adhiberentur, qui his olim, utpote comitiorum in quibus condebantur exsortes, adhiberi non poterant. Nec nlla proinde in hoc textu emendatio aut alia interpretatio videtur esse necessaria.

(2) Cave ne accipias de factione testamenti activa : nam filiusfamilias qui hanc non habet, testis esse potest : nec de passiva ; nam potest is, cui bonis interdictum est, capere ex testamento. Sic igitur accipe, quod idoneitatem ad testimonium in testamento perhibendum non habet, quia comitiorum in quibus olim testamenta fiebant, particeps non est.

(3) Hanc negationem supplet Cujacius, quæ in Florentinis deest et in Basilicis. Verum ratio contextus (*quoniam*) videtur eam desiderare. Schultingius mavult existimare Ulpianum a Paulo dissensisse, et censuisse legem quæ aliquem a testimonio in judiciis excludit, quum pœnalis sit, non debere ad alium casum, scilicet ad testamenta, porrigi. Non placet hæc Schultingii sententia.

elle en peut servir pour tout autre chose, comme le prouve la loi *Julia* sur les adultères, qui défend à une femme condamnée comme adultère, de rendre témoignage, et qui défend aussi de l'appeler à cet effet (1) ».

« Un hermaphrodite ne peut pas être appelé comme témoin d'un testament, à cause de l'incertitude de son sexe ».

3°. Ulpien dit, par rapport à celui à qui la loi a interdit l'administration de ses biens, « qu'il est juste de lui interdire la fonction de témoin à un testament, puisqu'il lui est interdit d'en faire (2) ».

XXIX. 4°. Ceux à qui une loi a interdit la faculté de tester, ne peuvent pas non plus être appelés comme témoins d'un testament, ainsi que nous l'avons déjà observé.

Par exemple, « celui qui a été condamné comme coupable de concussion, ne peut pas être témoin dans un testament ».

Il est encore dit ailleurs que, « celui qui a été condamné, en vertu de la loi *Julia* sur les concussionnaires, ne peut pas être témoin d'un testament (3), puisqu'il ne peut pas même porter témoignage en justice ».

« Je sais qu'on a examiné si on pouvait appeler comme témoin à un testament, un homme condamné pour cause d'adultère; mais certainement, cette faculté doit lui être interdite. Je pense donc que le testament certifié par un pareil témoin, ne peut valoir, ni

---

possible d'y appeler des hommes; mais elles étaient admises à témoigner en justice, parce que cela était nécessaire; puisque si le fait à prouver n'était parvenu qu'à la connaissance de femmes, il ne pouvait l'être que par le témoignage de ces mêmes femmes.

(1) D'où suit que cela est permis aux autres femmes; ainsi pense Heineccius dans ses *institutes*, sur le titre *des testamens*, §. 495, et dans les Pandectes, sur ce titre, *n.* 14. C'est-à-dire, que cet illustre jurisconsulte pense que quoique l'usage de convoquer des assemblées pour faire des testamens fût tombé en désuétude, il en était cependant resté celui de ne pas admettre, dans les testamens, ceux qui, auparavant, n'y étaient pas admis comme ne pouvant pas assister aux assemblées du peuple; d'où suit qu'il ne faut faire aucun changement dans ce texte, ou qu'il faut nécessairement l'interpréter d'une autre manière.

(2) Il faut se garder d'entendre ceci de la faculté active de tester; car un fils de famille qui ne l'a point, peut cependant être témoin, non plus que de la faculté passive; car celui à qui on a interdit l'administration de ses biens, n'en peut pas moins recevoir par testament. Il faut donc entendre cette loi en ce sens, qu'il n'est pas capable de certifier un testament, seulement parce qu'il n'est pas admis dans les assemblées du peuple où les testamens se faisaient autrefois.

(3) Cujas rétablit cette négation qui manque dans les éditions florentines et les Basiliques, mais la raison du contexte semble l'exiger. Schulting aime mieux penser qu'Ulpien a pensé autrement que Paul, c'est-à-dire, que la loi qui exclut du témoignage en justice étant pénale, ne doit pas s'étendre à d'autres cas, ni par conséquent aux testamens: nous n'adoptons pas cette opinion de Schulting.

quod jus civile subsequitur; ut neque hereditas adiri, neque bonorum possessio dari possit ». *l.* 14. *ff.* 22. 5. *de test.* Papin. *lib. sing. de adulter.*

Ex constitutione Theodosii et Valentiniani, apostatæ intestabiles sunt. *l.* 4. *cod. Theod.* 16. 7. *de apost.*

Ex constitutione Justiniani, pagani, manichæi, et quidam alii hæretici in hac lege enumerati, sunt intestabiles. Cæteri hæretici adhiberi possunt testes in testamentis, quamvis in judiciis testimonia eorum adversus orthodoxos non recipiantur. *l.* 21. *cod.* 1. 3. *de hæret.*

XXX. 5°. « Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest ».

« Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est, contra habetur (1). Hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat, ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris ». *l.* 20. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Nota tamen quod in testamento per æs et libram, si non ipsi heredi, sed interposito familiæ emptori manciparetur familia, poterat heres esse testis.

Non solum autem ipse heres seu familiæ emptor, sed et « qui in potestate testatoris est, aut familiæ emptoris, testis ad libræ pensa (2) adhiberi non potest; quoniam familiæ mancipatio inter testatorem et familiæ emptorem fit, et ob id domestici testes adhibendi non sunt ». Ulp. *fragm. tit.* 20. 3.

« *Potestatis* autem verbum, non solum ad liberos, qui sunt in potestate, referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus; quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo (3) quodam retineri donec pretium solvat » *l.* 20. §. 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Et quemadmodum qui in potestate familiæ emptoris est, testis esse non potest, vice versa, in eodem testamento filiofamiliæ emente, pater ejus testis esse non potest ». Ulp. *fragm. tit* 20. §. 4.

Nec qui cum ipso in ejusdem potestate sunt. Hinc V. G. « ex duobus fratribus, qui in eadem patris potestate sunt, alter familiæ emptor alter testis esse non potest : quoniam quod unus ex his mancipium accipit, adquirit patri; cui filius suus testis esse non debet, pariter et qui in potestate ejus est constitutus ». *d. tit.* §. 5.

---

(1) Disparitas, est, quod totum testamenti negotium inter testatorem et heredem agi intelligitur. *Inst. lib.* 2. *tit.* 10. *de testam.* §. 1.

(2) Legendum *aut libripens*, ut emendat Cujacius.

(3) Vid. *l.* 15. *ff.* 49. 15 *de captivis et post limin.*

en droit civil, ni même en droit prétorien, lequel, à cet égard, ne peut être en contradiction avec le droit civil; c'est-à-dire, qu'on ne peut donner ni l'adition d'hérédité, ni la possession des biens en vertu de ce testament ».

Une constitution de Théodose et de Valentinien, défend aux apostats de tester.

Par une constitution de Justinien, la même faculté est ôtée aux Payens, aux Manichéens, et quelques autres héritiques mentionnés dans cette constitution; les autres peuvent être témoins dans les testamens, quoiqu'en justice on rejette leur témoignagne contre les orthodoxes.

XXX. 5°. « Celui qui est institué héritier, ne peut pas être témoin dans le testament ».

« Il n'en est pas de même du légataire et du tuteur donné par le testament (1), qui peuvent y être témoins, s'ils n'en sont pas autrement empêchés, comme, par exemple, s'ils ne sont pas impubères, ou sous la puissance du testateur ».

Observez cependant, que l'héritier peut être témoin dans un testament *per æs et libram*, si la mancipation n'est pas faite à cet héritier lui même, mais à un acquéreur supposé.

Non-seulement l'héritier lui-même, ou l'acquéreur des biens, mais encore « celui qui est sous la puissance du testateur ou de l'acquéreur des biens, ne peut être ni témoin, ni libripens (2), parce que la mancipation se fait entre le testateur et l'acquéreur de ces biens; raison pour laquelle on ne peut pas employer pour témoins ceux qui font partie de la famille ».

Or, le mot *puissance* ne se rapporte pas seulement aux enfans, il s'étend encore à ceux qui ont été rachetés des ennemis, quoiqu'il soit décidé qu'ils ne sont pas esclaves; néanmoins, celui qui les a rachetés a des droits sur eux, et peut les retenir (3) jusqu'à ce qu'ils l'aient satisfait ».

Et comme celui qui est sous la puissance de la famille de l'acheteur, ne peut pas être témoin dans le testament; de même, réciproquement, « le père de l'acquéreur des biens ne peut pas non plus être témoin »,

Ni ceux qui sont avec lui sous la même puissance. C'est pourquoi, par exemple, « le frère de celui qui est acquéreur des biens, et sous la même puissance que lui, ne peut pas être témoin, parce que l'un acquiert pour le père commun, et que l'autre ne peut pas être témoin pour son père; et il en est de même de ceux qu'il a sous sa puissance ».

---

(1) La raison de disparité est que toute l'affaire d'un testament est censée se passer entre le testateur et son héritier. Voyez *les institut., tit. des testamens*, §. 1.

(2) Il faut lire *libripens*, suivant la correction de Cujas.

(3) Voyez *l.* 15. *ff. de ceux qui sont captifs chez l'ennemi, et du droit de retour.*

« Per contrarium, quæri potest an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit? Et Marcellus, libro 10 Digest., scribit posse : et frater ergo poterit ». *sup. d. l.* 20. §. 2.

Ita quidem Marcellus et Ulpianus sentiebant. Diversam autem sententiam secutus est Justinianus : ut in institutionibus vidimus(1) *lib.* 2. *tit.* 10. §. 9. *de testamentis.*

« Quæ autem in testamento diximus super perhibendis (2) testimoniis eorum qui in potestate sunt, in omnibus testimoniis accipias, ubi aliquid negotii geritur, per quod acquiratur ». *d. l.* 20. §. 3.

Id autem locum non habet in testamento extranei. Nam « duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes utrique; vel alter testis, alter libripens, fieri possunt, alio familiam emente; quoniam nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi ». Ulp. *fragm. tit.* 20. §. 6. *duo fratres.*

XXXI. Vidimus quæ sit forma testamentorum ex jure civili. Unum observandum superest ex fragmento Modestini apud Pithæum et Schultingium ; scilicet :

« Quum in testamento dies et consules adjecti non sunt, non nocet quominus valeat testamentum (3) ».

Cæterum testamentum per æs et libram, quod hactenus descripsimus, ipsum, etiam sub novissimis Imperatoribus (4), exolevit; ita tamen ut quæ in eo observanda diximus, adhuc (si man-

(1) Sunt qui textum institutionum cum Ulpiano et Marcello conciliare tentant, dicendo hos jurisconsultos in textu modo relato agere de testamento militari. Sed quam perperam et divinatorie hoc dicitur !

(2) Fornerius noster recte emendat et legit *prohibendis.*

(3) Postea requisitum fuisse diem et consulem quidam colligunt ex loco D. Chrysostomi. *Homil.* 2. *de Ozid. tom. opuscul.* 30. ubi ait : *testamenta et instrumenta..... nisi in principio, consulatus tempora præscripta habeant, ab omni vi sua vacua sunt.*

(4) Sub quibus ? Perperam Cujacius ad *l.* 20. *h. tit.* putat abolitum fuisse a Constantino per legem 15. *cod.* 6. 23. *de testam.* Illa enim lex (quæ male inscripta nomine Constantini, filio ejus Constantio tribuenda est (ut ex subscriptis consulibus liquet), non abrogat testamenta *per æs et libram*; sed duntaxat scrupulosas heredum instituendorum formulas, de quibus Ulpianus in fragmentis *tit.* 21. Quod ex *d. l.* 15. satis apparet. Constat præterea ex *l.* 3. *cod. Theod.* 4. 4. *h. tit.* adhuc sub Arcadio et Honorio, adeoque diu post *d.* legem 15 viguisse testamenta *per æs et libram* ; quum ibi legitimi quinque testium numeri in testamentis fiat mentio. Hic autem numerus nonnisi in testamentis *per æs et libram* convenire potest ; quum in testamentis mysticis et nuncupativis quæ huic successerunt, septem testes requirantur. Valde autem probabile est quod censet Jacob. Gothofredus, Theodosium-Juniorem, qui pleraque veterum rituum abrogavit ut *actionis impetrationem*, *dictionem dotis*, *etc.* etiam abrogasse ritum testamenti *per æs et libram.*

« On peut demander si au contraire, le père de celui qui a le droit de disposer par testament de son pécule castrense, peut être témoin dans ce testament; et Marcellus, au livre dixième du Digeste, le décide affirmativement, d'où suit que son frére le peut également ».

Marcellus et Ulpien pensaient ainsi; mais Justinien a suivi l'opinion contraire, comme on l'a vu dans les Institutes (1), titre *des testamens*.

« Ce que nous avons dit par rapport aux témoins d'un testament de ceux qui sont sous leur puissance (2), doit s'entendre de toutes les espèces de témoignages, par lesquels ceux qui sont sous la puissance d'un autre lui feraient acquérir quelque chose ».

Ce qui toutefois n'a pas lieu pour le testament d'un étranger. Car, « deux frères sous la puissance du même père, peuvent être tous deux témoins, ou l'un témoin et l'autre libripens, lorsqu'un étranger est acquéreur des biens, parce que rien n'empêche que deux personnes de la même famille soient témoins dans l'affaire de celui qui n'en est pas ».

XXXI. Nous avons vu quelle est la forme des testamens en droit civil. Il nous reste à observer ce que dit un fragment de Modestinus, dans Pithou et dans Schulting, savoir que :

« Un testament n'est pas moins valide, quoiqu'il soit sans date et sans noms de consuls (3) ».

Au reste, le testament *per æs et libram*, dont nous venons de rapporter les règles, est aussi tombé en désuétude sous nos derniers Empereurs (4), de manière cependant, que, ce que nous

(1) Il y a des jurisconsultes qui essayent de concilier le texte des *institutes* avec Ulpien et Marcellus, en disant que les auteurs du texte qu'on vient de citer, parlent du testament militaire, mais il n'y a aucun fondement à cette conjecture divinatoire.

(2) Notre Fournier veut, avec raison, qu'on lise *prohibendis*.

(3) Certains jurisconsultes veulent qu'on ait ensuite exigé la date et le nom des consuls, d'après Saint-Chrysostôme *Homil.* 2. *de Ozid. tom. opusc.* 3, où il dit que les testamens et autres actes n'ont aucune force à moins qu'on n'ait relaté dès le commencement les noms des consuls et le jour du mois.

(4) Sous lesquels? Cujas, sur cette loi 20. *h. tit.*, a tort de penser que ce testament a été aboli par Constantin, *l.* 15. *cod. des testamens*; car cette loi, mal-à-propos inscrite sur le nom de Constantin, devant être attribuée à Constance, son fils, comme le prouve le nom des consuls sous lesquels elle a été portée, n'abroge pas le testament *per æs et libram*, mais seulement les formules minutieuses de l'institution d'héritier dont parle Ulpien dans ses Fragmens, *tit.* 21, comme on le voit assez par cette loi 15; il est d'ailleurs constant, par la *l.* 2. *h. tit.*, que les testamens *per æs et libram* étaient encore en usage sous Arcadius et Honorius, et par conséquent long-tems après cette loi 15, puisqu'il est fait mention des cinq témoins requis pour les testamens, et que ce nombre de témoins ne peut se rapporter au testament *per æs et libram*, les testamens noncupatifs et mystiques qui leur succédèrent exigeant d'ailleurs sept témoins. Mais Jacques Godefroy regarde comme probable que Théodose le Saint, qui abrogea la plupart des anciennes formalités, telles que l'interprétation de l'action, la promesse verbale d'une dot, etc., avait également abrogé celles des testamens *per æs et libram*.

cipationem solemnemque nuncupationem excipias) observentur in testamentis mysticis aut nuncupativis quæ huic successerunt, de quibus infra, art. 2.

§. III. *Quæ sit forma testamenti conficiendi jure prætorio?*

XXXII. « Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiæ mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum (1) testamentum sit non minus quam septem testium civium romanorum signis, bonorum possessio datur ». Ulp. *fragm. tit.* 28. §. 6.

« Signatas tabulas accipi oportet, et si linteo, quo tabulæ involutæ sunt, signa impressa fuerint ». *l.* 22. §. *fin.* Ulp. *lib.* 39. *ad ed.*

« Signum autem utrum annulo tantum impressum adhibemus, an vero et si non annulo, verum alio quodam impresso? Varie enim homines signant. Et magis est ut tantum (2) annulo quis possit signare, dum tamen habeat Χαρακτηρα (id est), formam insculptamque signi imaginem ». *d. l.* 22. §. 5.

Cæterum, etiam « si ab ipso testatore annulum accepero et signavero, testamentum valet, quasi alieno signaverim ». *d. l.* 22. §. 2.

XXXIII. «Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit ». *l.* 30. Paul. *lib.* 3. sent.

Igitur, « si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset. Et si (ut multi faciunt) adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus ». *d. l.* 22. §. 4.

XXXIV. In conspectu testatoris testes signare debent. Hinc Dioclet. et Maxim. « Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non

(1) Quum testamentum secundum juris civilis formam conficitur, non requiritur ut sit signatum. Si vero omissa sit juris civilis forma, prætor ut ex illo testamento det bonorum possessionem *secundum Tabulas*, requirit signatum esse, et quidem septem testium signis. Scilicet quum jure civili quinque testes ad testamenti fidem adhiberentur, et præterea libripens et familiæ emptor, ad testamenti formam duos alios testes prætor introduxit in locum libripendis et familiæ emptoris. Antiquum autem est hoc testamentum prætorium. Cicero, *in Verr.* 3. 117. tale Verris edictum refert: « *Si de hereditate ambigitur, et tabulæ testamenti obsignatæ non minus* » *multis signis quam e lege oporteat, ad me proferentur, secundum tabu-* » *las testamenti, possessionem hereditatis dabo* ». Verrem autem ex antiquis edictis id transtulisse Cicero significat, quum mox subjicit: *hoc tralatitium, etc.*

(2) Bartholus et Hotomannus legunt, *ut non tantum*. Vid. circa hanc lectionem at avum meum Robertum *lib.* 1. *recept.* et Cujacium, *obser.* 14. 11.

avons dit qui s'y observait (excepté la mancipation et la mention solennelle), s'observe encore dans les testamens mystiques non cupatifs, qui les ont remplacés, et dont nous parlerons ci-après article 2.

§. III. *De la forme du testament prescrite par le droit prétorien.*

XXXII. « Quoique suivant le droit civil un testament soit nul, à défaut de mancipation ou de déclaration, s'il a été signé (1), au moins par sept témoins, citoyens romains, il suffira pour faire donner la possession des biens ».

« Il faut regarder un testament comme signé, lorsque les signatures existent sur son enveloppe ».

« Mais est-ce signer, que d'apposer son cachet seulement, ou quelqu'autres signes à défaut de cachet, parce que chacun signe différemment? Le mieux est de dire qu'on peut signer avec son cachet seulement (2), pourvu cependant qu'il porte l'empreinte de la signature ».

« Il en est de même « si quelqu'un a reçu le cachet du testateur, et l'a apposé pour lui, le testament vaudra comme s'il eût été signé d'un autre cachet ».

XXXIII. « Il convient que tous les témoins appelés à un testament, attestent de leur propre écriture qu'ils l'ont été, et de qui ils certifient le testament ».

Ainsi, « si quelqu'un des témoins n'a pas écrit son nom, et cependant a signé, il doit être réputé n'avoir pas été témoin, et si (*comme beaucoup d'entre eux sont dans l'usage de le faire*), il a écrit son nom sans signer, nous dirons encore la même chose ».

XXXIV. Les témoins doivent signer en présence du testateur. C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Si un des sept témoins n'a pas été présent, ou que tous n'aient pas signé en sa

(1) Lorsque le testament est fait dans la forme du droit civil, il n'est pas nécessaire qu'il soit signé; mais quand il n'est pas fait dans cette forme, le préteur, pour donner la possession des biens en vertu de ce testament, exige qu'il le soit, et même qu'il le soit par sept témoins, parce que suivant le droit civil il en fallait cinq, et de plus un libripens et un acquéreur des biens, et que le préteur en avait appelé deux autres à la place de cet acquéreur et de ce libripens; mais ce testament prétorien est très-ancien, Cicéron, contre Verrès, 3, 117, rapporte de lui l'édit suivant : « S'il y a des » doutes sur une succession, et que le testament soit signé de tous les té- » moins exigés par la loi, on me l'apportera, et je donnerai la possession » des biens en vertu de ce testament ». Or, Verrès, dit Cicéron, avait tiré cet édit des anciens, puisqu'il ajoute immédiatement *hoc tralatitium*, *ce qui est en usage depuis long-tems*.

(2) Barthole et Hotomann lisent *ut non tantum*. Sur cette leçon voyez mon bisaïeul Robert, *liv.* 1, *recept.*, et Cujas, *observ.* 14, 11.

signaverint, jure deficit testamentum ». *l.* 12. *cod.* 6. 23. *de testam.*

Iidem rescribunt : « Si non speciali privilegio patriæ tuæ juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet ». *l.* 9. *cod. d. t.*

Uno casu dispensantur testes in conspectu testatoris signare ; scilicet si testator peste laborabat. Cæterum, etiam hoc casu, requiritur septem testium numerus.

Hoc iidem rescribunt Dioclet. et Maxim. « Casus majoris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis quæ testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta est. Testes enim hujus modi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est : non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est». *l.* 8. *cod. de testam.*

XXXV. Circa personas quæ ad signandum testamentum adhibentur, eadem dicenda sunt, quæ jam supra diximus de testibus, qui adhibentur quum jure civili testamentum conficitur.

Hinc V. G. in alieno testamento « ad testium numerum simul adhiberi possumus, ut ego, et pater, et plures qui fuimus in ejusdem potestate ». *l.* 22. Ulp. *lib.* 39. *ad ed.*

Item et ille adhiberi potest qui tabulas scripsit. Quocirca quidam « Domitius-Labeo (1) Celso suo salutem : Quæro an testium » numero habendus sit his, qui, quum rogatus est ad testamen- » tum scribendum, idem quoque quum tabulas scripsisset, signa- » verit »? Juventius-Celsus Labeoni suo salutem : *Aut* non intelligo quid sit de quo me consulueris, aut valde stulta est consultatio tua. Plus enim quam ridiculum est dubitare an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit». *l.* 27. *lib.* 15. dig.

Quo autem tempore inspici debet an habiles testes fuerint?

« Conditionem testium tunc inspicere debemus, quum signarent (2), non mortis (3) tempore. Si igitur tunc quum signarent, tales fuerint ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit ». *l.* 22. §. 1. Ulp. *lib.* 39. *ad ed.*

XXXVI. « Posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est ». *d. l.* 22. §. 6.

Illud non prætermittendum, quod « unum testamentum plu-

(1) Nomen ejus qui consulebat Celsum.

(2) Et pariter quum jure civili testamentum conficitur, inspicitur testium conditio eo tempore quo ad solennia testamenti adhibentur.

(3) Testatoris.

présence, et dans le même lieu, de leur cachet ou de celui d'un autre, le testament est nul de plein droit ».

Les mêmes Empereurs disent dans un rescrit : « Le testament sera nul de plein droit, si les témoins n'ont pas été présens au testament, à moins que quelques priviléges ne dispensent votre pays de cette formalité ».

Il y a un cas où les témoins sont dispensés de signer le testament en présence du testateur, c'est celui où il serait atteint de la peste; mais dans ce cas même, ils doivent être encore au nombre de sept.

C'est ce que disent les mêmes empereurs Dioclétien et Maximien dans un rescrit : « Quoiqu'on se soit relâché de la rigueur du droit, par rapport à ces accidens majeurs et extraordinaires, à raison de la contagion que peuvent craindre les témoins, on n'a cependant pas aboli le texte des formalités du testament; car on a dispensé les témoins de se rassembler dans un lieu où est la peste; mais on n'en a pas pour cela diminué le nombre requis ».

XXXV. Il faut dire la même chose des personnes que l'on requiert pour signer le testament, que des témoins qu'on exige pour le faire dans les formes du droit civil, dont nous venons de parler.

C'est pourquoi, par exemple, dans le testament d'un étranger, « nous pouvons ajouter au nombre des témoins, le père et le fils, ainsi que d'autres qui étaient sous la puissance du testateur ».

On peut ajouter encore celui qui a écrit le testament; sur quoi « un certain Domitius Labéon (1), écrivait en ces termes à Celse son ami. « Dites-moi s'il faut comprendre dans le nombre des té-» moins, celui qui ayant été appelé pour écrire un testament, l'a » signé après l'avoir écrit ». Juventius-Celsus lui répondit, ou je ne comprends pas la question dont vous me soumettez la solution, ou elle est d'une absurdité grossière; car il est plus que ridicule de douter que celui qui a écrit un testament en ait été réellement témoin ».

Mais à quel tems faut-il se reporter pour examiner si les témoins avaient les qualités requises » ?

« Il faut se reporter aux tems où ils ont signé (2), et non au tems de la mort (3); si donc ils avaient les qualités requises lorsqu'ils ont signé, il est indifférent qu'ils aient cessé de les avoir depuis ».

XXXVI. « Il est hors de tout doute qu'un testament peut être signé même pendant la nuit».

« Il ne faut pas omettre de dire qu'on peut aussi signer plu-

(1) C'est le nom de celui qui consultait Celse.

(2) On examine également dans les testamens faits suivant le droit civil, les qualités des témoins au tems où ils ont été employés.

(3) Du testateur.

ribus exemplis consignare quis potest. Idque interdum necessarium est, forte si navigaturus, et secum ferre, et relinquere judiciorum suorum testationem velit ». *l.* 24. Florent. *lib.* 10. institut.

XXXVII. Vidimus quæ sit forma testamenti ex jure prætorio observandum superest ita demum ex tali testamento bonorum possessionem dari, nisi postea testator signa turbaverit. Nam « si signa turbata (1) sint ab ipso testatore, non videtur signatum». *sup. d. l.* 22. §. 3.

Cæterum, « si testamentum, quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum (2); sed utroque jura valebit, tam civili (3), quam prætorio ». *l.* 23. Ulp. *lib.* 4. disp.

Articulus II.

Quænam testamenti formæ noviter ab imperatoribus introductæ sint?

§. I. *De forma testamenti conficiendi ex constitutionibus Honorii et Theodosii, et ex jure Justinianeo.*

XXXVIII. Imperatores Honorius et Theodosius novas testandi formas introduxerunt.

Sanxerunt V. G. ut ratum testamentum esset, si quis, oblatis principi precibus, successorem suum declarasset, etiamsi princeps precibus non responderit: illudque solum requiri ut, principi preces oblatas esse, idoneis testibus probari possit. Si autem princeps his precibus responderit, nihilominus mutandæ voluntatis facultatem testatori manere (4). *l.* 19. *cod.* 6. 23. *de testament.*

XXXIX. Duplex autem jure novo potissima esse cœpit testamentorum forma. Aut enim testamentum viva voce conficitur, et est nuncupativum; aut scripto, et mysticum (5) dicitur.

---

(1) Consulto; non casu. Videb. *tit.* 6. *si tab. testam. null. ext.* infra, *lib.* 38.

(2) Hinc Cujacius: *aliud turbari signa, aliud resignari. Testamentum turbatis signis infirmatur; resignatis tabulis non infirmatur, modo signa reponantur.*

(3) Non solum jure civili, quo signa testium non requiruntur, modo forma hoc jure præscripta observata sit, sed et jure prætorio, quo requiruntur signa testium.

(4) Quum eodem modo quæque dissolvantur, quo colligata sunt, dubitari potuisset num ad testamentum, quod consensu principis firmatum esset, dissolvendum, principis consensus etiam requireretur. Definiunt autem non requiri.

(5) Hoc testamentum quod ex jure civili et prætorio et ex constitutionibus

sieurs copies du même testament, et cela est même quelquefois nécessaire; comme, par exemple, dans le cas où le testateur va faire un voyage par mer, et veut en même tems emporter son testament avec lui et le laisser ».

XXXVII. Nous avons vu quelles étaient les formalités des testamens, suivant le droit prétorien; il nous reste à observer que la possession des biens n'est donnée, en vertu d'un pareil testament, qu'autant que le testateur en a effacé les signatures; car, « si les signatures d'un testament ont été effacées (1) par le testateur, il est censé n'avoir pas été signé ».

Mais « si le testateur a signé de nouveau ce testament, et l'a fait signer une seconde fois par les sept témoins, son testament cesse d'être imparfait (2), et même sera valable, tant en droit civil (3) qu'en droit prétorien ».

ARTICLE II.

Quelles formes de testament ont été récemment introduites par les Empereurs.

§. I. *De la forme de testament introduite par les constitutions d'Honorius et de Théodose, et par le droit de Justinien.*

XXXVIII. Les empereurs Honorius et Théodose introduisirent de nouvelles formes de testament.

Ils établirent, par exemple, que si un testateur avait déclaré son héritier au prince par requête, cette requête serait un testament valide, quoique le prince ne l'eût point répondue, et qu'il suffisait de prouver, par témoins dignes de foi, qu'elle avait été adressée au prince. Ils voulurent aussi que quand le prince y aurait répondu, le testateur n'en conservât pas moins la faculté de faire les changemens qu'ils voudraient (4) ».

XXXIX. Mais le droit nouveau a surtout introduit deux formes principales de testament; car, ou le testament est fait de vive voix, et alors il est non cupatif, ou s'il est rédigé par écrit, il est mystique (5).

---

(1) A dessein, et non par hasard. Voy. *tit. s'il n'existe point de testament écrit*, ci-après, *liv.* 38.

(2) C'est pourquoi Cujas dit, autre chose est d'effacer les signatures ou de signer de nouveau le testament : le premier annulle le testament, et le second ne l'anulle pas, pourvu que les sceaux soient remis.

(3) Non-seulement en droit civil, selon lequel les sceaux des témoins ne sont pas requis pourvu que la forme qu'il prescrit soit observée, mais encore en droit prétorien, dans lequel les sceaux des témoins sont requis.

(4) Comme tout se défait de la même manière qu'il a été fait, on pouvait douter qu'un testament fait sous le consentement du prince, pût être détruit sans son consentement, mais ils décident que cela se peut.

(5) Il est propable que ce testament, où concourent le droit civil, le droit

Forma testamenti mystici talis refertur in Theodosii et Valentiniani constitutione.

1°. Testator septem testibus, civibus romanis, puberibus, et ea de re rogatis, scripturam quæ testamentum ejus continet, sive testatoris manu, sive ab alio conscriptam, clausam offert, quam suum esse testamentum his præsentibus dicit.

2°. Hanc scripturam coram testibus, sua manu, in reliqua parte (1) subscribit.

3°. Si scribere nequeat, octavam personam adhibet quæ pro ipso subscribat.

4°. Eamdem scripturam et testes subscribere et signare debent.

5°. Hæc omina fieri debent uno tempore eodemque die, nullo actu extraneo interveniente. Uno autem actu testamentum factum intelligitur, quamvis non dictatum vel scriptum sit eodem tempore seu die quo testibus oblatum est. *l.* 21. *cod.* 6. 23. *de testament.*

Hoc, quod præcipitur, uno contextu fieri testamentum, hanc limitationem recipit, ut is actus interveniens non vitiet testamentum, quem necessitas aliqua naturalis expostulat, tam circa testatorem, quam circa aliquem ex testibus : puta si medicamentum testatori dandum sit, vel alvum exonerare testator aut unus ex testibus necesse habeat; possuntque hoc casu testes paulisper interim abire et iterum introduci. Ejus autem ex testibus, cui quid hujusmodi contingeret; regressus expectabitur, si tamen possit post breve tempus regredi : si non poterit, alius testis ei subrogari debebit.

Item quod dictum est, testamentum a testatore subscribi debere, aut ab octavo teste qui pro ipso subscribat, exceptionem patitur in eo casu quo testamentum propria testatoris manu conscriptum est. Hoc enim ejus subscriptioni æquipollere docet Justinianus. *l.* 28. §. 1. *cod.* 6. 23. *de testament.*

Præter hæc quæ supra relata sunt, hoc quoque, quod jam jure veteri observabatur, Justinianus voluit observari; nimirum ut nomina heredum manu propria testatoris in aliqua parte testamenti scripta esse debeant; aut, si scripta non fuerint, ea nomina testator palam coram testibus nuncupare teneatur. Hoc etiam addidit Justinianus ut, quum testator manu sua nomina heredum non scripsit, hæc heredum nomina testes in sua subscriptione debeant scribere. Quod si in aliquo ex heredibus omissum sit, hujus institutionem irritam esse ». *l.* 29. *cod.* 6. 23. *de testam.*

Postea hoc jus immutavit Justinianus, constituitque ut valeret testamentum, etiamsi per alterius manum nomen heredis testator scripserit. *Nov. CXIX. cap.* 9.

Imperatorum conflatum est, temporibus Theodosii-Junioris cœpisse probabile est. Vid. notas ad *n.* 31. supra.

(1) Non clausa; vel etiam, *sur l'enveloppe.*

Voici la forme du testament mystique, rapportée dans la constitution de Théodose et de Valentinien.

1°. Le testateur offre à sept témoins, citoyens romains pubères, et rassemblés à cet effet, l'écrit qui contient son testament, soit de son écriture ou de celle d'un autre, en leur déclarant que c'est là son testament.

2°. Il souscrit de sa propre main le contexte, au bas de la dernière page, en présence de ces mêmes témoins (1).

3°. S'il ne sait pas écrire, il appelle une huitième personne qui souscrit pour lui.

4°. Les témoins souscriront et signeront ce même écrit.

5°. Tout cela doit se faire dans un seul et même tems et jour, sans qu'il ait été vaqué à aucun acte étranger; mais un testament est censé fait en un seul acte, quoiqu'il n'ait pas été dicté ou écrit dans le même tems, et le même jour qu'il a été présenté aux témoins. *l.* 21. *cod. sur les testamens.*

Ce qui a été requis, savoir que le testament fût d'un seul contexte, souffre l'exception qui suit; savoir que le testament n'est pas vicié par un acte que commande un besoin naturel du testateur ou de quelqu'un des témoins; comme, par exemple, s'il a fallu faire prendre un remède au testateur, et que le remède ait agi immédiatement; et il en est de même des témoins qui peuvent en ce cas, à raison d'un besoin urgent et naturel, s'absenter pour un instant et revenir ensuite; mais on attendra le retour du témoin sorti s'il doit bientôt revenir; sinon on y suppléera par un autre.

Et ce qui a été dit que le testament doit être souscrit par le testateur, ou pour lui par un huitième témoin, souffre exception dans le cas où le testament est écrit de la main du testateur; car Justinien a décidé que cela équivalait à sa signature, d'après la *l.* 28. *cod. sur les testamens.*

Outre ce que nous avons rapporté ci-dessus, Justinien voulut qu'on observât encore ce qui s'observait sous l'ancien droit; savoir, que les noms des héritiers institués fussent écrits dans le testament de la propre main du testateur, sinon qu'il les désigne à haute voix devant les témoins. Il voulut encore que, quand le testateur n'aurait pas écrit de sa propre main les noms de ses héritiers, ces noms fussent écrits par les témoins dans leurs souscriptions, à peine de nullité du testament par rapport à l'héritier pour lequel cette formalité n'aurait pas été observée, suivant la *l.* 29. *cod. sur les testamens.*

Justinien changea, par la Nov. CXIX. chap. 9, ce droit dans la suite, et voulut qu'un testament soit valide, quoique le testateur eût fait écrire par un autre le nom de son héritier.

---

prétorien et les constitutions impériales, a été introduit du tems de Théodose-le-Jeune. Voyez les notes sur le *n.* 31, ci-dessus.

(1) Du testament non clos, et même sur l'enveloppe.

Hactenus de forma testamenti mystici.

XL. Nuncupativi autem testamenti formam ita exponunt supradicti imperatores Theodosius et Valentinianus. « Per nuncupationem quoque, hoc est, sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes (ut supra dictum est) simul unò eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis audierint ». *sup. d. l.* 21. §. 2. *cod.* 6. 23. *de testam.*

Cæterum, nihil præterea in his testamentis requiritur, nec necesse est ut prædixerit testator vel testatrix per formalia verba, *ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit. l.* 26. *cod. d. tit.*

XLI. Utrumque autem testamentum, et græce confici potest. *sup. d. l.* 21. §. 4. *cod. d. tit.*

Item, circa formam testamentorum, observandum quod rescribunt Arcadius et Honorius : « Testamentum (1) non ideo infirmari debebit quod diversis hoc deficiens (2) nominibus appellavit, quum superflua non noceant. Namque necessaria prætermissa imminuunt contractus, et testatoris officiunt voluntati, non abundans cautela (3) ». *l.* 17. *cod.* 6. 23. *de testam.*

§. II. *De speciali forma in testamentis cæcorum observanda.*

XLII. Cæcorum testamentis specialem formam Justinus constituit : ut scilicet coram tabulario et septem testibus ad hoc convocatis suprema sua elogia nuncupet; quæ tabularius uno contextu aut octavus testis, si tabularii copia desit, in scripturam redigat. Hanc scripturam tam tabularius quam testes signabunt, et subscribent.

Quod si memoriter sua elogia promere non possit, ea scribi mandabit; hancque scripturam, convocatis tabulario et testibus, a tabulario coram testibus recitari curabit, profitebiturque lecta a tabulario suam esse voluntatem. Et hæc scriptura a tabulario et testibus subscribetur, et signabitur. *l.* 8. *cod.* 6. 22. *qui testament. fac.*

---

(1) Sensus est : testamentum non ideo minus valet, quod testator illud diverso nomine appellaverit; ut puta, si initio testamenti quo heredem instituit, et in quo omnia testamentorum solennia peracta sint, ita præfatus est : *ego L. Titius hunc meum codicillum fecit.* Hæc *codicilli* appellatio non officit quominus testamentum valeat ut testamentum.

(2) Id est, defunctus qui testabatur.

(3) Qualis est illa superflua *cautela*, qua dum dubitat an aliquam solennitatem omiserit, testamentum suum appellavit *codicillum*; ea mente ut, si testamenti jure valere non posset, valeret jure codicilli.

Jusques ici nous avons parlé de la forme du testament mystique.

XL. Mais les empereurs ci-dessus cités, Théodose et Valentinien, vont nous donner la forme du testament noncupatif. « Nous voulons, disent-ils, que ces testamens vaillent par la seule déclaration, c'est-à-dire, sans être écrits; mais à la condition que sept témoins (comme il a été dit ci-dessus), réunis dans le même tems, auront entendu le testateur déclarer l'intention qu'il a de faire son testament sans écriture ».

Mais c'est tout ce qui est requis dans ces testamens, et il n'est pas nécessaire que le testateur ou la testatrice ait dit d'avance, que les témoins ont été assèmblés, parce qu'il voulait faire son testament, ou ses dispositions de dernières volontés sans écrit.

XLI. Mais l'un et l'autre testament peut-être écrit en langue grecque.

Il faut encore observer sur la forme des testamens ce que disent dans un rescrit Arcade et Honorius, « qu'un testament (1) ne doit pas être informé, parce que le testateur mourant l'a appelé d'un autre nom (2); parce que ce qui abonde ne vicie pas. En effet, l'omission des formalités nécessaires préjudicie à la volonté du testateur; mais une précaution surabondante ne peut pas lui préjudicier (3) ».

§. II. *De la forme particulière des testamens des aveugles.*

XLII. Justin donna une forme particulière aux testamens des aveugles; il voulut qu'ils déclarassent devant un notaire, et sept témoins assemblés à cet effet, leurs dernières volontés; que ce notaire, ou un huitième témoin à défaut de notaire, les rédigeât par écrit, et qu'ils les signât, ou les souscrivît avec les sept témoins.

Que si le testateur ne pouvait pas réciter ses dernières volontés de mémoire, il les présentât écrites au notaire, et que celui-ci les lût aux témoins; qu'il déclarât que ce qu'avait lu le notaire était sa volonté, et qu'ensuite l'écrit fût soumis et signé par le notaire et les témoins. *l.* 8. *cod. sur les testamens.*

---

(1) Le sens est que le testament ne vaut pas moins, quoique le testateur lui ait donné différens noms, comme si au commencement où il a institué son héritier, et rempli les formalités requises pour les testamens, il eût dit, moi, L. Tullius, ai fait ce codicille, ce mot n'empêcherait pas son testament de valoir comme testament.

(2) C'est-à-dire, le défunt qui faisait son testament.

(3) Qelle était cette précaution qui lui faisait appeler son testament un codicile, quand il craignait d'y avoir omis quelque formalité pour le faire valoir comme codicile, s'il ne valait pas comme testament?

ARTICULUS III.

De auctoritate testamenti jure confecti, et quatenus noceat aliquam ex solennitatibus prætermissam fuisse.

XLIII. « Si testamentum jure factum sit, inquiunt Dioclet. et Maxim., et heres sit capax, auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet ». *l.* 10. *cod.* 6. 23. *de testam.*

XLIV. Cæterum, ex solennitatibus quidquam detrahere nemini permittitur.

Unde iidem rescribunt : « Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa; non autem jurisdictionis mutare formam; vel juri publico derogare cuiquam permissum est ». *l.* 13. *cod.* 6. 23 *de test.*

Hoc adeo obtinet, ut nec favore principis quidquam remittatur.

Hinc circa illa etiam testamenta, quæ vel a principe, vel in gratiam principis fiunt, ita rescribunt Valens, Valentianus et Gratianus.

« Quum heredes instituentur imperator seu Augusta, jus commune cum cæteris habeant. Quod et in codicillis et fideicommissariis epistolis jure scriptis observandum erit ».

« Et sicuti priscis legibus cautum est, imperatori quoque et Augustæ testamentum facere liceat et mutare ». *l.* 7. *cod.* 6. 22. *qui testam. fac.*

Similiter Alexander : « Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare posse sæpe constitutum est. *Licet enim lex imperii solennibus juris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere* (1) ». *l.* 3. *cod.* 6. 23. *de testam.*

A fortiori, « ejus bona qui se imperatorem facturum heredem esse jactaverat (2), a fisco occupari non possunt ». *l.* 31. Paul. *lib.* 5. *sent.*

XLV. Adeo nullum est testamentum in quo peracta non sunt quæ ad ejus formam necessaria sunt, ut respondit Paulus : Ex ea scriptura, quæ ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quæ fideicommissorum (3) verba habent, peti posse ». *l.* 29. Paul. *lib.* 14. *resp.*

---

(1) Longius hac in re progressi sunt Theodosius et Arcadius, qui, quum liceat per codicillos privatis relinquere, non permiserunt sibi ipsis (Imperatoribus) quidquam relinqui nisi testamento. Verum hæc lex 2. *cod. Theod.* 4. 4. *de testam.* non placuit Justiniano, qui eam codici suo non inseruit.

(2) Nec tamen testamento jure facto heredem eum instituit.

(3) Etsi enim fideicommissa extra testamentum citra juris solennitates

ARTICLE III.

De l'autorité du testament fait suivant le droit, et jusqu'à quel point le défaut ou l'absence de ces formalités peut préjudicier à l'ensemble des dispositions testamentaires.

XLIII. « Si un testament est fait suivant le droit, disent Dioclétien et Maximien, et que l'héritier soit habile à le recevoir, on ne peut pas le rescinder en vertu de nos rescrits ».

XLIV. Mais il n'est permis à personne d'en retrancher des formalités qui doivent y être observées.

C'est pourquoi les mêmes empereurs disent dans un rescrit : « Chacun a la faculté de disposer de ses biens par testament, mais en observant certaines formes ; et il n'est pas permis de rien changer à ces formes prescrites par le droit public ».

Il en est tellement ainsi que la faveur du prince n'en peut pas dispenser.

C'est pourquoi Valens, Valentinien et Gratien disent dans un rescrit, par rapport au testament fait en faveur du prince ou par le prince lui-même :

« L'empereur et l'impératrice eux-mêmes ne pourront instituer des héritiers que d'après les règles communes ; et il en sera de même par rapport aux codiciles et aux fidéicommis, qui seront faits suivant le droit ».

« Et comme l'ont ordonné les anciennes lois, l'empereur et l'impératrice pourront faire des testamens et les rétracter ».

Alexandre dit également : « Suivant plusieurs constitutions, l'empereur ne peut pas revendiquer une succession en vertu d'un testament imparfait ; et en effet, bien que la loi ait affranchi le souverain des formalités, rien ne lui convient cependant mieux que d'observer les lois (1) ».

A plus forte raison, « le fisc ne peut pas s'emparer des biens de celui qui voulait laisser sa succession à l'empereur (2) ».

XLV. Un testament où l'on n'a pas observé les formalités nécessaires est tellement nul que Paul a répondu, « que l'on ne pouvait pas même demander en vertu du fidéicommis (3) exprimé dans un testament qui n'était nullement conforme au droit ».

---

(1) Théodose et Arcade ont été plus loin, en promettant de laisser par codicile à des particuliers, ils n'ont permis de leur laisser à eux-mêmes que par testament ; mais Justinien n'a pas adopté cette loi 2, *code Théodosien, sur les testamens*, et il ne l'a pas insérée dans son code.

(2) Mais qui ne l'a pas institué héritier par son testament.

(3) Car bien qu'on pût laisser un fidéicommis sans testament et sans les

Hoc tamen ita verum est, nisi illa scriptura clausulam codicillarem contineat.

Quam clausulam ita refert idem Paulus : « Ex his verbis quæ scriptura paterfamilias addidit, ταυτην, etc. (id est), *hoc testamentum volo esse ratum quacumque ratione poterit*, videri eum voluisse omnimodo valere ea quæ reliquit, etiamsi intestatus decessisset ». *d. l.* 29. §. 1.

XLVI. Sed et citra hanc clausulam, quod quis de bonis suis inter liberos suos disposuit in testamento minus solenni aut imperfecto, valet jure fideicommissi ab intestato relicti. Sic enim rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed etsi tam circa testamentum, quam etiam codicillos, judicium ejus deficiat (1), verum quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit : licet ab intestato ei fuerit successum (2), ex senatusconsulto, retentionis modo servato (3). Familiæ erciscundæ judicio, aditum judicem sequi voluntatem patris oportere, juris auctoritate significatur ». *l.* 16. *cod.* 2. 36. *fam. ercisc.*

Idem statuit Constantinus circa testamentum nondum perfectum. *l.* 26. *cod. d. tit.*

Hic tamen notandum quod Theodosius et Valentinianus, jus illud confirmando, statuunt. Ita illi : « Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in hujus modi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis adcrescere ». *l.* 21. §. 1. *cod.* 6. 23. *de testam.*

Novella autem constitutione, declaravit Justinianus quænam saltem observanda forent ut testamentum inter liberos valeret : nimirum ut testator sua subscriptione declaret tempus quo testatus est, filiorum nomina, et uncias ex quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum, sed per totas litteras. Similiter, si de certis singularibus speciebus disponere velit, earum inscribat significationes. Sed et quæ legata, aut fideicommissa, aut libertates extraneis reliquerit, si hæc propria scripta manu sint dictaque coram testibus, quamvis contineantur in scriptura reliquam observationem testamentorum non suscipiente, valebunt. *Novell. CVII, cap.* 1.

---

relinqui possint, tamen quum testamento continentur, pendent a jure testamenti. Vid. infra, *lib.* 30. *tit. de legatis.*

(1) Solennitatibus juris tam prætorii quam civilis non observatis.

(2) Quia testamentum non valet.

(3) Id est, quarta Pegasiani senatusconsulti, quæ ex constitutione D. Pii etiam heredibus ab intestato conceditur.

« Il n'en est cependant ainsi qu'autant que cet écrit ne contient pas la clause codicillaire ».

« Le même Paul explique ainsi cette clause : « Si un père de famille a dit par écrit, je veux que ce testament soit exécuté de toute manière qu'il pourra l'être, il est censé avoir voulu que ce qu'il a dit fût exécuté, quand même son testament serait nul ».

XLVI. Et même sans cette clause, ce qu'un père a ordonné par rapport à ses biens et à ses enfans dans un testament imparfait ou irrégulier, vaudra comme fidéicommis *ab intestat;* car Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit : « Les enfans ne peuvent pas faire rescinder le testament de leur père, à moins qu'ils n'en prouvent l'inofficiosité ».

Mais quoique ce testament ne soit pas régulièrement fait (1) ni comme testament ni comme codicille, l'autorité du droit veut que la volonté du testateur y soit exprimée, et que, nonobstant la rescision du testament (2), sa volonté soit observée sur l'action en partage, sauf la réserve du sénatus-consulte (3) ».

Constantin a aussi statué à l'égard des testamens imparfaits *par la loi* 26 *du code*, *au même tit.*

Il faut cependant observer ici ce que Théodose et Valentinien ordonnent en conformant ce droit : « Nous ne voulons pas, disent-ils, que la volonté du défunt soit observée, en vertu d'un testament imparfait, à moins que ce ne soit exclusivement entre ses enfans de la même femme. Mais s'il y a joint une personne étrangère, il est certain que ses dernières volontés seront nulles par rapport à cette personne étrangère, et que ce qu'il lui donnait accroîtra la portion de ses enfans ».

Mais Justinien a déclaré par une nouvelle constitution qu'il suffisait d'observer quelques formalités pour que le testament fût valide entre ses enfans; c'est-à-dire, qu'il suffisait que le testateur eût déclaré, par sa souscription, la date de son testament, les noms de ses enfans et les portions pour lesquelles il les instituait héritiers, non en chiffres, mais en toutes lettres; et par rapport à ses dispositions particulières, qu'il devait les écrire, et même que s'il avait écrit de sa propre main des legs, des fidéicommis ou des promesses de liberté, toutes les dispositions en seraient valables, quoique faites dans un acte où les formalités des testamens ne fussent pas observées. Nov. CVII, chap. 1.

---

formalités du droit, cependant quand il était inséré dans un testament, sa validité dépendait de celle du testament. Voyez *inf. liv.* 30. *au tit. des legs.*

(1) Suivant les règles du droit prétorien ou du droit civil.

(2) Parce qu'il était nul.

(3) C'est-à-dire, la quarte du sénatus-consulte Pégasien, qui était accordée par la constitution d'Antonin-le-Pieux, même aux hériers *ab intestat.*

Hujus Novellæ capite 3°. constituitur ut scriptura divisionem bonorum suorum inter liberos a patre factam continens, sit etiam rata si eam a liberis suis subscribi pater curaverit.

Jam ante, Novella XVIII, caverat ut arbiter hanc divisionem observare teneretur, si aut parens, aut omnes liberi ei subscripsissent.

Quum autem adsunt ea quæ modo diximus, hæc divisio quam pater inter liberos fecit, ita rata est, ut non possit rumpi, nisi per posterius testamentum perfectum. *sup. d. Novell. CVII*,

XLVII. Constituit etiam Justinianus ut rusticorum testamenta, quamvis imperfecta, valerent, modo coram testibus septem confecta fuerint, testesque subscripserint. Sed si in eo loco septem litterati inveniri non possint, etiam illitteratos admitti permittit; eoque casu litterati pro illitteratis subscribunt. Imo et coram quinque duntaxat testibus permittit testari, in his locis in quibus non plures possunt inveniri testes. *l. fin. cod.* 6. 23. *de testam.*

Articulus IV.

De testamentorum insinuatione, et vetita eorum translatione.

XLVIII. Insinuatio testamenti in acta publica non pertinet ad ejus perfectionem, sed ad conservationem; ut non subtrahatur, sed in tuto sit.

Hæc insinuatio fieri debet apud magistratum census, districteque vetantur judices aliorum tribunalium, imo et defensores ecclesiæ, huic rei se immiscere. Cæterum incongrua insinuatio apud incompetentem judicem facta, testamento non nocet. *l.* 23. *cod. de testam.* 6. 23. *et l.* 41. *cod.* 1. 3. *de episc. et cler.*

Quum autem semel insinuata fuerint « testamenta omnia, cæteraque, quæ apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur : nec usquam permittatur fieri ulla translatio. *Mos namque retinendus est fidelissimæ vetustatis.* Quem si quis in hac urbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem ». *l.* 18. *cod.* 6. 23. *de testam.* Arcad. et Honor.

TITULUS II.

De liberis et posthumis, heredibus instituendis vel exheredandis.

Superiori titulo de externis testamentorum solennitatibus actum est. Ut autem testamentum valere possit, quasdam alias, et imprimis quæ *internæ* vulgo appellantur, solennitates servari oportet.

I. « Inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario de-

Il déclare dans le chap. 3 de cette Novelle, que l'écrit contenant le partage de ses biens entre ses enfans, sera confirmé s'il l'a fait souscrire à ces mêmes enfans.

Il avait déjà statué, par la Novelle XVIII, que l'arbitre serait tenu d'observer ce partage si le père ou tous les enfans l'avaient souscrit.

Et lorsque tout ce que nous venons de dire a été observé, ce partage, fait par le père entre ses enfans, est tellement valide qu'il ne peut plus être annullé que par un testament postérieur.

XLVII. Justinien voulut aussi que les testamens faits à la campagne fussent valides quoiqu'imparfaits, pourvu qu'ils fussent faits devant sept témoins, et que ces sept témoins les eussent souscrits; et il permit qu'au lieu de sept témoins lettrés, on employât sept personnes étrangères aux lettres, pourvu que le testament fût souscrit pour eux par des personnes lettrées. Il permit même de tester en présence de cinq témoins seulement, dans les endroits où l'on ne pourrait s'en procurer davantage.

ARTICLE IV.

De l'insinuation des testamens, et de la défense de les déplacer.

XLVIII. L'insinuation des testamens dans les registres publics n'est point relative à leur perfection, mais à leur conservation; et n'a lieu que pour les mettre en sûreté et en éviter la soustraction.

Cette insinuation doit se faire devant et par l'officier public du cens, et il est strictement défendu aux juges des autres tribunaux, et même aux défenseurs de l'église de la recevoir; mais cette insinuation, faite devant un juge incompétent, ne rend pas le testament moins valide.

Mais une fois insinués, « tous les testamens et autres actes rendus publics par l'officier du cens, doivent être conservés dans le même lieu; et il n'est pas permis de les en déplacer, parce que cet ancien usage doit être fidèlement observé et maintenu; et si un individu quelconque, dans cette ville, cherche à les changer de lieu, ou à les altérer, il sera censé avoir attenté à la dernière volonté des morts ».

TITRE II.

Des enfans nés et des posthumes; de l'institution des héritiers et de leur exhérédation.

On a traité dans le titre précédent des formalités externes des testamens; mais pour qu'un testament puisse valoir, il faut encore en observer quelques autres, et surtout celles qu'on appelle ordinairement internes.

I. « Entre autres formalités nécessairement exigées pour la

siderantur, principale jus est *de liberis heredibus instituendis vel exheredandis* (1) : *ne* præteritis istis, rumpatur (2) testamentum : namque filio, qui in potestate est, præterito, inutile est testamentum ». *l.* 30. Gaius, *lib.* 17. *ad ed. prov.*

Hujus juris rationem ita docet Paulus : « In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam *filiusfamilias* appellatur, sicut *paterfamilias;* sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus (3) sit. Itaque post mortem patris, non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Ex hac causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt. Nec obstat quod liceat eos exheredare, quos et occidere licebat ». *l.* 11. Paul. *lib.* 2. *ad Sab.*

Quocirca videndum : 1°. de institutione aut exheredatione eorum, qui tempore testamenti primum in familia gradum jam obtinent; 2°. de institutione aut exheredatione posthumorum.

SECTIO I.

De institutione aut exheredatione liberorum qui tempore testamenti primum in familia gradum obtinent.

Ut methodice tractentur ea quæ pertinent ad institutionem eorum qui tempore testamenti sui heredes sunt, quæri oportet : 1°. qui sui heredes dicantur, ut eorum institutio vel exheredatio ad substantiam testamenti pertineat, et quatenus alterutra desideretur; 2°. quomodo institui heredes debeant; 3°. quomodo sint exheredandi; 4°. agemus de causis exheredationum; quæremusque an quivis liberi exheredari possint.

---

(1) Hoc jus consuetudine et disputatione fori introductum est, nondumque Ciceronis temporibus receptum erat. Refert enim *lib.* 3. *de orat. n.* 38, quum quidam, audito de morte sui filii falso nuntio, tabulas mutasset, et alium heredem scripsisset, quæsitum apud centumviros de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim ?

(2) *Posthumi* et *quasi-posthumi* rumpunt testamentum. Qui autem tempore testamenti jam natus est filius, illud ab initio inutile effecit.

(3) Hinc apud Terentium in *Heautontimor,* filliusfamilias appellatur a patre, *meus particeps.*

validité des testamens, on distingue principalement le droit d'instituer des héritiers ou de les déshériter (1), afin que leur prétérition ou omission ne fasse pas casser le testament (2), parce qu'un testament est nul lorsqu'on n'a pas fait mention d'un fils qui était sous la puissance de son père ».

Voici la raison que Paul apporte de ce droit : « On voit clairement, dans les héritiers siens, que la continuation de propriété fait disparaître la succession, comme autrefois cette espèce d'héritiers étaient propriétaires, même du vivant de leur père. C'est pourquoi on ditun *fils de famille*, comme un *père de famille*, avec le seul changement qui fait distinguer le père du fils (3); c'est pourquoi les héritiers siens, après la mort de leur père, semblent moins en recevoir son hérédité, qu'en acquérir la libre administration; ce qui fait qu'ils sont propriétaires sans avoir été institués héritiers, nonobstant le droit de les déshériter, et celui de vie et de mort qu'il a sur eux ».

Nous examinerons à cet égard, 1°. l'institution ou l'exhérédation de ceux qui tenaient le premier degré dans la famille au tems du testament; 2°. l'institution et l'exhérédation des posthumes,

SECTION I.

De l'institution et de l'exhérédation des enfans qui tiennent le premier degré dans la famille au tems du testament.

Pour traiter méthodiquement ce qui est relatif à l'institution des enfans héritiers siens au tems du testament, il faut examiner, 1° quels sont ceux qu'on appelle héritiers siens, et dont l'institution ou l'exhéradition est requise pour la validité du testament, et jusqu'à quel point l'une ou l'autre est nécessaire; 2°. comment ils doivent être institués; 3°. comment ils doivent être déshérités; 4°. quelles sont les causes pour lesquels ils peuvent-être déshérités, et si tous les enfans peuvent l'être.

---

(1) Ce droit fut introduit par la coutume et les disputes du Forum, et n'était point encore reçu du tems de Cicéron ; car il dit, *liv.* 3, *de l'orateur, n.* 38, qu'un testateur ayant changé son testament sur la fausse nouvelle de la mort de son fils, et ayant institué un autre héritier, on demanda devant les centumvirs si, suivant le droit civil, un fils pouvait être privé des biens de son père, lorsque son père ne l'avait ni institué héritier, ni déshérité nommément.

(2) Les posthumes et quasi-posthumes cassent le testament, mais les enfans déjà nés le rendent nul dès l'origine.

(3) C'est pourquoi Térence dit, dans l'*Heautontimor*, un fils de famille est appelé par son père mon copropriétaire.

ARTICULUS I.

Quinam sui *heredes dicantur, ut institutio, vel exheredatio eorum ad substantiam testamenti pertineat, et quatenus desideretur ?*

II. « Sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi. Sui autem heredes (1) sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi : item uxor (2) quæ in manu est, et nurus quæ in manu est filii quem in potestate habemus ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 14.

Quum autem qui apud hostes est, nisi revertatur, non sit in potestate patris, hinc « dum apud hostes est filius, pater jure fecit testamentum et recte eum præteriit (3); quum, si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum». *l.* 31. Paul. *lib.* 2. *ad Sab.*

Ut autem quis *suus* heres intelligatur, non sufficit eum esse in potestate testatoris; oportet adhuc ut primum in ejus familia gradum obtineat. Talis est non solum filius, sed et nepos cujus pater aut mortuus, aut capite minutus est : idem dic de pronepote et deinceps, ut mox videbimus.

Non autem ideo nepos avo suus heres erit; quod ipsius pater fuerit exheredatus. Unde, « si filium exheredavero, nepotemque ex eo præteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum (4) testamentum Julianus et Pomponius et Marcellus aiunt ». *l.* 9. §. 2. Paul. *lib.* 1. *ad Sab.*

Filius autem captivus, si non revertatur et postea apud hostes decesserit, non obstat nepoti (filio suo) quominus is nepos sit avo suus heres. Hinc statim subjicit Paulus : « Diversumque est, si in potestate hostium filius sit, et decesserit in eodem statu. Rumpit enim his casibus nepos testamentum; quod moriente avo filii jus pependerit, non abscissum (testamentum), ut superiore casu, fuerit (5) ».

---

(1) Quare *sui* dicantur, vid. supra *n.* 1.

(2) De uxoribus quæ in manu viri aut soceri sui sunt, vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 6. *de his qui sui vel alien. jur art.* 1. §. 2.

(3) Non enim est *suus* nec in potestate patris dum est hostium servus. Sed si revertatur, quum fictione *postliminii* intelligatur jura familiæ semper conservasse et nunquam captivus fuisse, reditu suo rumpit testamentum: ut videb. infra.

(4) Nunquam enim fuit *suus* heres, quem ipsius pater in familia avi, quoad vixit avus, præcessit.

(5) In *superiore casu* filius tempore mortis (quo inspicitur, circa causam

ARTICLE I.

Quels sont les héritiers siens, dont l'institution ou l'exhédération est nécessaire pour la validité du testament, et jusqu'à quel point l'une ou l'autre est nécessaire.

II. Il faut instituer ou déshériter les héritiers siens; or, les héritiers siens (1) sont les enfans qui sont sous la puissance de leur père, tant naturels qu'adoptifs, la femme qui est sous la puissance du père (2), et la belle-fille qui est sous celle du fils, lequel est encore lui-même sous la puissance de son père ».

Et comme celui qui est au pouvoir des ennemis, cesse d'être sous la puissance de son père jusqu'à son retour, « tant que le fils est au pouvoir des ennemis, son père peut régulièrement tester sans en faire mention (3), parce que si son fils était sous sa puissance, son testament serait nul ».

Mais pour qu'un enfant soit censé héritier sien, il ne suffit pas qu'il soit sous la puissance du testateur, il faut encore qu'il soit au premier degré de la famille; tel est, non-seulement son fils, mais encore son petit-fils, dont le père est mort ou a changé d'état. Il en faut dire autant de l'arrière petit-fils et de ses descendans, comme on va le voir.

Toutefois, le petit-fils n'est pas héritier sien de son grand-père, pour cela seul que son père a été déshérité. C'est pourquoi, « si j'ai déshérité mon fils, et omis mon petit-fils dans mon testament, en instituant un autre héritier, et que mon fils me survive, quoiqu'il soit mort avant que ma succession soit acceptée, suivant Julien, Pomponius et Marcellus, mon petit-fils ne fera pas casser mon testament (4) ».

Mais si le fils a été captif chez les ennemis, qu'il n'en soit pas revenu, et qu'il soit mort dans sa captivité, il n'empêchera pas que son fils, petit-fils du testateur ne soit son héritier sien. C'est pourquoi Paul ajoute immédiatement, « qu'il en est autrement si le fils captif chez les ennemis meurt en cet état; car, dans ces cas, le petit-fils fait casser le testament du grand-père, parce qu'à sa mort le droit du fils était suspendu, et non anéanti comme dans l'espèce précédente (5) ».

---

(1) Voyez pourquoi on les appelle siens, ci-dessus, *n.* 1.

(2) Sur les femmes qui sont sous la puissance de leur mari ou de leur beau-père. Voyez ci-dessus, *liv.* 1, le titre *de ceux qui sont ou ne sont pas sous la puissance d'autrui*, *art.* 1, §. 2.

(3) Parce qu'il n'est ni héritier sien ni sous la puissance de son père tant qu'il est l'esclave des ennemis; mais s'il revient comme par la fiction du droit de retour, il est censé avoir conservé les droits de famille et n'avoir jamais été captif, son retour casse le testament, comme on le verra.

(4) Parce que celui que son père a toujours précédé dans la famille de son aïeul, tant que cet aïeul a vécu, n'a jamais été héritier sien.

(5) Dans l'espèce précédente, le fils, au tems de la mort, tems auquel on

« Sed etsi heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus (1) heres; quoniam hæc verba *si intestatus moritur*, ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur ». *sup. d. l.* 9. §. 2. *v. diversumq.*

Cæterum huic nepoti in eo casu ita subvenit Justinianus, ut quamvis pater ejus ante præparatam inofficiosi querelam decesserit; possit tamen eam movere perinde ac si esset præparata. *l.* 34. *cod.* 3. 28. *de inoff. test.*

III. « Ex suis heredibus, filius, quidem neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 16.

« Reliquæ vero personæ liberorum, velut filia, nepos, neptis, si præteritæ sint, valet testamentum..... Sed scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam ». *d. tit.* §. 16. et 17.

Hinc est quod ait Paulus: « Filio et extraneo æquis partibus heredibus institutis, si præterita (2) accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam (3) tollit ». Paul. sent. *lib.* 3. *tit.* 46. §. 8.

IV. Observandum est testamentum, in quo filius præteritus est, jure civili inutile esse, etiamsi nihil intersit filii illud non valere.

---

testati, an quis sit suus heres) præcedit nepotem, obstatque ei quominus sit suus heres. Quamvis enim per exheredationem jus sui heredis quod filius habebat, *abscissum* sit, tamen, quum exheredatio vires non habeat nisi post mortem testatoris, et demum post hanc mortem jus filii *abscissum* sit, obstat filius nepoti. Contra, in hoc casu, jus filii non post mortem demum testatoris fuit abscissum, sed pendebat ab ejus reditu: ita ut, si non rediret, et apud hostes decederet, videretur jam ex quo captus est, in vivis esse desiisse. Quod quum acciderit, filius qui, ex quo captus, adeoque jam vivo testatore mortuus intelligitur, non obstat nepoti quominus suus heres sit, et rumpat testamentum avi.

(1) Id est, *suus*. Erit autem nepos suus heres utroque casu; et quidem etiam superiori casu quo filius exheredatus, tempore mortis ipsum præcedebat. Nam circa causam intestati ejus qui testamentum fecerat, ut quis sit suus heres non tempus mortis spectatur, sed tempus quo per destitutionem testamenti deferri incipit ab intestato hereditas. Quum igitur jam decessisset eo tempore filius, nihil obstat quominus nepos sit suus heres.

(2) Filia.

(3) Finge: duo heredes sui ex dodrante, tres extranei ex reliquo quadrante scripti sunt, et unus suus heres præteritus. Hic præteritus habebit trientem dodrantis ex quo duo *sui* heredes scripti sunt, et dimidiam quadrantis ex quo extranei sunt scripti: unde fiet ut melior sit conditio præteriti quam institutorum.

« Mais quoique l'héritier institué n'ait pas accepté la succession, il n'en sera pas moins héritier légitime (1), parce que, ces expressions, s'il meurt *intestat*, se rapportent au tems où le testament cesse d'avoir lieu, et non à celui de la mort».

Au reste, Justinien vient au secours de ce petit-fils, dans ce cas, afin que, bien que son père soit mort avant que la plainte en inofficiosité fût intentée, il puisse néanmoins la suivre comme si elle eût été déjà instruite.

III. « A la vérité, le fils qui n'a été ni institué héritier, ni nommément déshérité, empêche le testament de valoir ».

« Mais les autres enfans, telle qu'une fille, un petit-fils et une petite-fille, omis dans le testament, ne le font pas casser.....; mais leurs portions héréditaires accroissent celles des héritiers institués par portions viriles, si ce sont des héritiers siens, et pour moitié, si ce sont des étrangers ».

Ce qui a donné lieu à Paul de dire : « Si un fils et un étranger sont institués héritiers par portions égales, sa fille omise (2), accroîtra autant la part de l'héritier sien que celle de l'étranger; mais s'il y a eu deux fils institués héritiers, elle ôtera un tiers aux héritiers siens, et la moitié aux étrangers (3) ».

IV. Il faut observer que le testament dans lequel un fils a été omis, est nul en droit civil, quoique le fils n'ait aucun intérêt à

---

examine si quelqu'un était héritier sien à l'égard du testament, précède le petit-fils et l'empêche de devenir héritier sien, quoique par l'exhérédation le droit d'héritier sien qu'avait le fils ait été anéanti; cependant, comme l'exhérédation n'a de force qu'après la mort du testateur, et que le droit du fils n'a péri qu'après la mort de ce même testateur, le fils nuit au petit-fils; et au contraire dans ce cas, le droit du fils n'a pas été détruit après la mort du testateur, mais a été suspendu jusqu'à son retour; de manière que s'il ne revenait pas et qu'il mourût chez les ennemis, il serait censé être mort depuis qu'il avait été fait captif; et comme ces deux circonstances ont eu lieu, le fils, qui est censé mort depuis qu'il a été pris, et par conséquent du vivant du testateur, n'empêche pas le petit-fils d'être héritier sien, et de casser le testament de son aïeul.

(1) C'est-à-dire, sien; mais le petit-fils sera héritier sien dans l'un et l'autre cas, et même dans le précédent, où le fils déshérité le précédait au tems de la mort; car par rapport à l'*intestat* de celui qui avait fait un testament, pour savoir si quelqu'un est héritier sien, on ne regarde pas le tems de la mort, mais le tems où, par la défection du testament, la succession a été déférée *ab intestat;* comme donc le fils était déjà mort à cette époque, rien n'empêche que le petit-fils ne soit héritier sien.

(2) La fille.

(3) On suppose qu'il y a deux héritiers siens institués pour les trois quarts, trois étrangers institués pour l'autre quart, et un héritier sien omis. Celui-ci aura le tiers des trois quarts pour lesquels les deux héritiers siens sont institués, et la moitié de celui pour lequel les étrangers sont aussi institués; d'où il résultera que la condition du fils omis sera meilleure que celle des autres.

Imo et « si filius, qui in potestate est, præteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet : nec superius (1) rumperetur. Et eo jure utimur ». *l.* 7. Paul. *lib.* 1. *ad Sab.*

Jure autem prætorio, testamentum in quo filium suus heres præteritus est, sustinetur quoties filii præteriti non interest illud non valere.

Unde Papinianus : « Filio præterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata præstantur, si præteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono et æquo tuebitur (2) ». *l.* 17 *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Papin. *lib.* 5. resp.

Hæc jure Pandectarum, quod Justinianus hac in re immutavit, ut jam non filiorum duntaxat, sed liberorum cujuscumque sexus aut gradus præteritio testamentum ipso jure (3) vitiaret. *l. fin. cod.* 6. 28. *de liber. præter.*

ARTICULUS II.

Quomodo suorum *heredum institutio fieri debeat?*

V. « Suus quoque, sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui (4) potest. Et quidem sub ea conditione, quæ est in potestate ipsius, potest; de hoc enim inter omnes constat ». *l.* 4. *ff.* 28. 5. *de heredib. instit.* Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

« Nepotes autem et deinceps cæteri, qui ex lege Velleia (5) ins-

(1) Si quod forte antea fecerat testator.

(2) Passivo sensu : id est, servabitur ; quia hoc casu fratres qui scripti heredes sunt, possunt habere bonorum possessionem *secundum tabulas* cum effectu : quo casu tenentur legatariis ; et, si eam omittant, pariter tenentur ex edicto *si quis omissa causa testam.*

(3) An autem ex Novell. 115. cap. 3. præteritione *sui* heredis solæ heredum institutiones vitientur, cætera vero quæ testamento continentur, valeant, lis est inter doctores. Illis assentior, qui censent hoc Novellæ caput non debere accipi de casu quo suus heres præteritus esset ; sed hoc constituit ut, quoties exheredatio suorum heredum aut præteritio eorum qui inter suos heredes non sunt, locum dat querelæ *inofficiosi*, non jam per querelam testamentum totum, sed solæ heredum institutiones rescindantur. Ita Cujacius ; item Vinnius quem vid. *lib.* 2. *quæst. cap.* 20.

(4) Scilicet nisi sub contraria conditione exheredetur ; ne, deficiente conditione, inveniatur nec heres, nec exheres scriptus, præteritioque ejus non patiatur valere testamentum. Quæ ratio jure Pandectarum in cæteris suis heredibus cessabat, utpote qui salvo testamento poterant præteriri

(5) De qua infra *sect.* 2.

ce qu'il le soit. Et même, « si un fils sous la puissance de son père est omis dans son testament, et meurt du vivant de son père, ce testament sera nul; mais il ne fera pas casser celui qui aurait été fait auparavant (1); tel est notre droit ».

Mais suivant le droit prétorien, le testament, dans lequel un fils héritier sien a été omis, est maintenu toutes les fois qu'il n'a point d'intérêt à ce qu'il ne soit pas valable.

C'est pourquoi Papinien dit : « Si le père a omis un fils qui était sous sa puissance, son testament sera nul, par rapport aux libertés données et aux legs, si ce fils omis a demandé sa part de l'hérédité à ses frères; mais s'il s'est abstenu de la succession, la volonté du père sera observée par la raison d'équité (2) contre la subtilité du droit ».

Il en était ainsi sous le droit des Pandectes; mais Justinien le changea à cet égard, et voulut que l'omission, non-seulement du fils, mais encore des enfans de tout sexe et de tous degrés, rendît un testatament nul de plein droit (3) ».

ARTICLE II.

Coniment doit être faite l'institution des héritiers siens.

V. « Un héritier sien peut être aussi institué sans condition; mais il faut en excepter le fils qui ne peut pas être institué héritier sous toute condition (4), il peut l'être sous une condition qui dépendrait de lui ; et tout le monde en convient ».

« Mais les petit-fils et autres descendans, qui, institués d'après la loi *Velleia* (5), ne font pas casser le testament peuvent

(1) Si le testateur en avait fait un.

(2) Au passif, c'est-à-dire, sera observée, parce qu'en ce cas les frères institués peuvent obtenir la possession des biens en vertu du testament; et alors ils seront tenus des legs; et que s'ils ne la demandent pas, ils en seront encore tenus en vertu de l'édit *contre ceux qui, à dessein, renoncent à l'hérédité pour succéder* ab intestat.

(3) Mais les docteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir si, en vertu de la Novelle 115, *chap.* 3, l'omission d'un héritier sien ne vicie que les institutions faites par le testament, ou en vicie aussi les autres dispositions. J'adopte l'opinion de ceux qui pensent que ce chapitre de la Novelle ne doit pas s'entendre du cas où un héritier sien serait omis; mais qu'il veut dire que toutes les fois que l'exhérédation des héritiers siens, ou l'omission de ceux qui ne sont pas siens, donne lieu à la querelle d'inofficiosité, cette querelle ne fait pas rescinder le testament en entier, mais seulement les institutions : ainsi pensent Cujas et Vinnius. Voyez ce dernier, *liv.* 2, *quæst. chap.* 20.

(4) C'est-à-dire, à moins qu'il ne soit déshérité sous la condition contraire, afin que la condition n'étant pas remplie, il ne se trouve ni héritier institué, ni héritier déshérité, et que l'omission ne rende le testament nul; raison qui n'avait pas lieu sous le droit des Pandectes pour les autres héritiers siens, qui pouvaient être omis sans nuire au testament.

(5) Dont nous parlerons ci-après, *sect.* 2.

tituti non rumpunt testamenta, sub omni conditione (1) institui possunt, etsi redigantur (2) ad filii conditionem ». *l.* 6. §. 1. *d. tit. ib.*

VI. Dicimus filium sub conditione institui posse, modo potestativa sit.

« Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni, an et si non paruerit et decesserit (3) ? Julianus putat filium sub ejusmodi conditione institutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse : et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare, donec conditioni pareat filius (4), quum et, si patrem (5) intestatum faceret non parendo conditioni, procul dubio expectare deberet. Quæ sententia probabilis mihi videtur; ut sub ea conditione institutus, quæ in arbitrio ejus sit, patrem intestatum non faciat ». *sup. d. l.* 4. *v. sed utrum ff.* 28. 5. *de hered. instit.*

« Sed etsi filio sub conditione, quæ in ejus potestate est, herede instituto, nepos sit substitutus, sive extraneus; puto vivo filio (6) non extaturum heredem substitutum, post mortem vero extaturum (7); nec necessariam a substituto filii exheredationem (8), quum, etsi fuerit facta, frustra est; post mortem enim filii facta

(1) Etiam casuali.

(2) Nepotes, quum in locum patris sui mortui aut emancipati succedunt, rediguntur ad filii conditionem, ita ut sint *sui* heredes perinde ac filius : non tamen per omnia; nam filius sub conditione casuali institui non potest, illi *sub omni conditione* institui possunt.

(3) Ratio dubitandi erat quod (si non paruerit et decessit) quum deficiente conditione heres non sit, nec tamen exheres videatur testamento præteritus. Ratio decidendi est, quod non videatur vere præteritus per quem stetit ut heres foret.

(4) Nam sive pareat filius, et sic institutio ejus exitum habeat, sive non pareat, et sic institutio ejus deficiat, testamentum valebit, et coheres ex testamento adire poterit.

(5) Sensus est : si contrarium ejus quod dicimus obtineret ut conditio potestativa sub qua filius institutus est, deficiens, testamentum rumperet, patremque intestatum faceret, coheres expectare deberet donec illa conditio existeret, quum non possit adiri hereditas ex testamento quandiu potest rumpi : infra, *lib.* 29. *tit.* 2. *de acquir. vel omitt. hered.* Sed quum secus obtineat, hæc expectare non debet.

(6) Nam quandiu conditionem implere potest, et ex institutione heres esse, locus esse non potest substitutioni : infra *lib. seq. tit.* 2. *de acquir. vel. omitt. hered.*

(7) Non enim defectu conditionis potestativæ, sub qua filius institutus est, testamentum ruit; nec præteritus videtur is per quem stetit quominus heres esset.

(8) Eum qui institutus est in primo gradu, non necesse est exheredari in sequentibus gradibus : infra *n.* 17.

être institués sous toutes conditions (1), quoique d'ailleurs ils soient assimilés (2) au fils ».

VI. Nous disons que le fils peut être institué héritier sous une condition, pourvu qu'elle dépende de lui.

« Mais son institution ne produira t-elle d'effet, qu'autant qu'il en aura rempli la condition; ou bien aura-t-elle son effet dans le cas où il serait mort sans la remplir (3); Julien pense qu'un fils institué sous une pareille condition, doit être écarté quand il n'aurait pas rempli la condition; et que par conséquent, s'il a un cohéritier, celui-ci ne doit pas attendre qu'il l'ait remplie (4), parce que s'il annullait le testament de son père (5), en ne la remplissant pas, il faudrait indubitablement attendre qu'il ne l'eût pas remplie; opinion qui me paraît fondée; de manière que le fils institué sous une condition qui est en son pouvoir, ne peut pas faire casser le testament de son père ».

« Et même, si un petit-fils ou un étranger ont été substitués à un fils institué sous une condition qui dépende de lui, je pense que du vivant du fils (6) le substitué ne sera pas héritier; mais qu'après sa mort il le sera (7), et qu'il n'est pas nécessaire que le fils soit déshérité (8), puisque s'il l'était, son exhérédation serait

(1) Même casuelles.

(2) Les petits-fils succédant à leur père mort ou émancipé, sont de la même condition que le fils dans ces cas; de manière qu'ils deviennent héritiers siens comme lui, non pas cependant en tout; car le fils ne pourrait pas être institué sous une condition casuelle, tandis qu'on peut les instituer sous toutes espèces de conditions.

(3) La raison de douter était que, s'il était mort sans la remplir, il ne pouvait être réputé ni héritier ni déshérité, ni omis dans le testament; la raison de décider est qu'il n'est pas véritablement omis, puisque c'est par sa faute qu'il n'a pas été héritier.

(4) Car soit que le fils remplisse la condition, et qu'ainsi son institution ait son effet; soit qu'il ne la remplisse pas, et qu'ainsi son institution soit nulle, le testament sera valable, et son cohéritier pourra accepter la succession en vertu du testament.

(5) Le sens est : s'il en était autrement, c'est-à-dire, si la condition sous laquelle le fils avait été institué, et qui dépendait de lui, n'étant pas remplie, annullait le testament et faisait que le père fût mort *intestat*, le cohéritier serait obligé d'attendre qu'elle fût remplie, puisque la succession ne peut pas être acceptée en vertu du testament, tant qu'il peut être cassé, comme on le verra ci-après, *liv.* 20, au titre *de la manière d'accepter les successions ou d'y renoncer;* mais le contraire arrivant, il ne peut pas être obligé d'attendre que la condition soit remplie.

(6) Parce que tant qu'il peut remplir les conditions et être héritier en vertu de son institution, il ne peut pas y avoir lieu à la substitution. Voyez ci-après, *liv.* 29. *tit. de la manière d'accepter l'hérédité ou d'y renoncer.*

(7) Car ce n'est pas parce que le fils n'a point rempli la condition potestative sous laquelle il avait été institué, que le testament devient nul; et qu'on ne peut pas regarder comme omis celui qui n'a point été héritier par sa faute.

(8) Il n'est pas nécessaire que celui qui a été institué au premier degré soit déshérité aux suivans. Voyez ci-après, *n.* 17.

est, quam inutilem esse alias ostendimus (1). Opinamur igitur filium, si sit institutus sub ea conditione et sit in ejus potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus; alioquin et a coherede indigebit ». *d. l.* 4 §. 2.

« Sed si conditioni dies esset adjectus, ut puta si Capitolium intra dies tringinta ascenderit, ascenderit, tantumdem dici : ut, si non paruerit conditioni (2), substitutus possit admitti, filio repulso; idque consequens est sententiæ Juliani et nostræ ». *l.* 6. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

VII. Quod si filius sub hac conditione institutus, neque coheredem nec substitutum habuerit, patet, deficiente conditione, corruere testamentum, ut pote ex quo nemo extitit heres.

An autem ipsi filio deferetur hereditas ab intestato hoc casu, an iis qui defuncto proximi gradu sunt tempore quo moritur filius? Circa hanc quæstionem « apud Julianum, libro 29. Digestorum, Marcellus notat :

« Si ejusmodi sit conditio, sub qua filius heres institutus sit, ut ultimo vitæ ejus tempore certum sit eam existere non posse, et pendente ea (3) decedat, intestato patri heres erit : velut, *si Alexandriam pervenerit*, heres esto. Quod si etiam novissimo tempore impleri potest, veluti, *si decem Titio dederit, heres esto* : contra puto (4) ». *l.* 5. *ff.* 28. 5. *hered. inst.*

Obtinet etiam hæc conditionum distinctio, quum filius substitutum habet. Nam si ea fuit, quæ moriente filio impleri jam non potuit, substitutus, vivo filio, ad hereditatem admittetur. Contra, si ea fuit, quæ adhuc extremo vitæ filii tempore impleri potuit, substitutus post mortem demum filii admittetur : Hoc docet Papinianus in specie sequenti.

« Si filius sub conditione heres erit, et nepotes ex eo substituantur; quum non sufficit sub qualibet conditione filium here-

(1) Infra *n.* 12.

(2) Et tempus elapsum sit.

(3) Imo conditio jam desinit pendere, quum decedit; si quidem supponitur talis quæ in ultimo ejus vitæ momento impleri jam non potuerit. Ideoque, quum vivo eo deficiat conditio ex qua causa testamenti pendebat, defertur ei ab intestato hereditas.

(4) Ratio disparitatis est quod, si ea fuit conditio, quæ adhuc ultimo ejus vitæ momento impleri potuerit, nec hoc quidem momento potuit ei ab intestato deferri hereditas; quæ non defertur quandiu causa testamenti pendet. Vid. *lib. seq. tit.* 2. *acquir. vel. omitt. hered.*

nulle, comme faite après la mort du fils, auquel cas nous démontrerons qu'elle doit être nulle (1); nous pensons donc qu'un fils institué sous cette condition, qui était en son pouvoir, n'a pas besoin d'être déshérité au degré inférieur, parce qu'autrement il faudrait qu'il le fût par son cohéritier ».

« Mais si la condition avait un terme, comme celle de monter au Capitole dans trente jours, autant vaudrait dire que s'il ne remplit pas cette condition (2), son substitué pourra se mettre à sa place, ce qui est conforme à l'opinion de Julien et à la nôtre ».

VII. Toutefois, si le fils institué sous cette condition n'a ni cohéritier, ni substitué, il est évident que s'il ne remplit pas la condition, le testament deviendra nul, puisqu'il n'y aura plus d'héritier.

Mais la succession sera-t-elle déférée dans le cas, à ce fils lui-même *ab intestat*, ou à ceux qui sont les plus proches parens du défunt, à la mort du fils? Marcellus dit sur cette question, dans Julien, *liv.* 29. Dig.

« Si la condition sous laquelle le fils a été institué héritier, est telle qu'il soit certain qu'il ne pourra jamais la remplir, et qu'il meure avant qu'elle le soit (3), son père aura institué *ab intestat*, comme s'il eût dit qu'il serait son héritier s'il allait à Alexandrie. Si au contraire, cette condition peut être remplie au dernier moment de la vie du fils, telle que serait celle-ci: *Si mon fils donne à Titius une somme de dix écus d'or*; je pense le contraire (4)».

Cette distinction de condition est pareillement observée lorsque le fils a un substitué, car si la condition était telle que le fils ne pût pas la remplir avant de mourir, son substitué serait admis à posséder la succession de son vivant. Si, au contraire, le fils pouvait la remplir au dernier moment de sa vie, son substitué ne pourrait jouir de la succession qu'après sa mort. Ainsi l'enseigne Papinien dans l'espèce suivante:

« Si le fils a été institué héritier sous condition, et que ses enfans lui aient été substitués; comme il ne suffit pas que le fils

(1) Ci-après, *n.* 12.

(2) Et que le terme fût passé.

(3) Au contraire, la condition a déjà cessé d'être en suspens lorsqu'il est mort, puisqu'elle est supposée telle qu'il ne pourrait pas la remplir au dernier moment de sa vie, et par conséquent la condition dont dépendait l'exécution du testament n'étant pas remplie, la succession lui sera déférée *ab intestat*.

(4) La raison de disparité est que si la condition était telle qu'il eût encore pu la remplir au dernier moment de sa vie, la succession n'a pas pu lui être déférée *ab intestat* dans ce dernier moment, parce qu'elle ne peut pas être déférée tant que l'effet du testament est en suspens. Voy. *liv. suiv.*, le titre *de la manière d'accepter la succession ou d'y renoncer.*

dem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate : consideremus numquid intersit quæ conditio fuerit adscripta, utrum quæ moriente filio impleri non potuit (veluti, *si Alexandriam ierit filius*, *heres esto*, isque Romæ decessit); an vero quæ potuit etiam extremo vitæ momento impleri; veluti, *si Titio decem dederit filius, heres esto;* quæ conditio nomine filii per alium impleri potest. Nam superior quidem species conditionis, admittit vivo filio nepotes ad hereditatem : qui, si neminem substitutum haberet dum moritur, legitimus patri heres extiterit. Argumentoque est quod apud Servium quoque relatum est. Quemdam enim refert ita heredem institutum, *si in Capitolium ascenderit;* quod si non ascendisset, legatum ei datum (1): eumque antequam ascenderet, mortem obisse. De quo respondit Servius : conditionem morte defecisse; ideoque, moriente eo, legati diem cessisse. Altera vero species conditionis, vivo filio, non admittit nepotes ad hereditatem, qui, substituti si non essent, intestato avo, heredes existerent (2) : neque enim filius videretur obstitisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur. Quemadmodum (3) si, exheredato eodem filio, nepotes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti ». *l.* 28. *ff.* 28. 7. *de eodit. instit.* Papin. *lib.* 13. quæst.

---

(1) A coherede.

(2) In priori specie, quum conditio, sub qua filius ex asse heres scriptus est, ea esset quæ tempore mortis filii jam impleri non potuisset, corruente per defectum hujus conditionis testamento, si nullus substitutus fuisset, is filius ipse ab intestato suus heres extitisset. At in hac posteriori specie, quum ea supponatur conditio, quæ adhuc extremo vitæ filii momento impleri potuit, non potuit defecisse hæc conditio nisi post mortem filii : adeoque nepotes ex illo, si substituti non fuissent, ipsi avo suo ab intestato heredes extitissent : *neque enim filius* pater ipsorum *videretur* eis *obstitisse*, cui nunquam hereditas ab intestato deferri potuit; quum nonnisi post mortem ejus conditio institutionis defecerit. Nam deferri ab intestato hereditas non potest, quandiu pendet causa testamenti.

(3) Textum hujus versiculi, cujus sententiam frustra interpretes exquisiverunt, depravatum esse censet Cujacius in *Papinian.* ad *h. l.* legendumque, *quemadmodum exheredato filio*, *nepotes*, *si*, *posteaquam filius moreretur*, *heredes instituti repudiassent.* Hæc lectio plana est; et alter casus proponitur in quo filius non obstat nepotibus quominus sint *sui* heredes ab intestato. Species talis est : testator filium exheredavit, extraneos instituit, nepotes ex filio præteriit. Filius supervixit testatori, et deliberantibus scriptis heredibus decessit, qui postea repudiaverunt. Præteritio nepotum non vitiavit testamentum, quum tempore mortis filius eos in familia præcederet supra *n.* 2. Sed destituto postea per repudiationem scriptorum heredum testamento, et delata ab intestato hereditate, sui heredes existere incipiunt : nec pariter videbitur filius obstitisse quia, quum ante repudiationem scriptorum heredum, adeoque ante delatum ab intestato hereditatem decesserit filius, nemo unquam in ea hereditate nepotes præcessit.

soit institué sous toutes conditions, et que le testament n'est ratifié qu'autant que la condition dépendait de lui, il faut examiner quelle est cette condition du testament, et s'il a été impossible au fils de la remplir à sa mort, comme si, par exemple, cette condition consistait à aller à Alexandrie, et qu'il fût mort à Rome; ou s'il aurait pu la remplir en mourant, comme si c'était celle de payer une certaine somme à Titius; car dans l'hypothèse de la première condition, les petits-fils sont admis à la succession du vivant de leur père, qui aurait été héritier légitime du sien, s'il n'eût point eu de substitués. A l'appui ce principe vient ce que rapporte Servius, relativement à un fils institué héritier sous la condition qu'il monterait au Capitole, sinon qu'il n'aurait qu'un legs (1), lequel fils était mort avant d'y monter; sur quoi le même Servius a répondu que la condition n'avait pas été remplie, et qu'il n'avait droit qu'au legs. Dans l'hypothèse de l'autre condition, les petits-fils ne sont pas admis à l'hérédité, parce que s'ils n'eussent point été substitués, ils seraient héritiers *ab intestat* de leur grand père (2), et que leur père n'y mettait point d'obstacle, puisque le testament était devenu nul après sa mort; comme (3) si ces mêmes petits-fils eussent été institués après l'exhérédation de leur père et après sa mort ».

---

(1) A répéter contre son cohéritier.

(2) Comme dans la première espèce, la condition sous laquelle le fils était institué seul héritier, était telle qu'il ne pouvait pas la remplir en mourant, le testament étant annullé par la non exécution de cette condition, s'il n'y eût point eu d'héritier substitué, ce fils serait resté héritier *ab intestat*; au lieu que dans cette espèce la condition étant telle qu'il a dépendu du fils de la remplir en mourant, n'a pu être censée non remplie qu'après sa mort, et par conséquent ses enfans, s'ils ne lui avaient pas été substitués, auraient été héritiers *ab intestat* de leur grand-père, car leur père n'aurait pas pu en empêcher, puisque la succession ne pouvait jamais lui revenir *ab intestat*, la condition de son institution n'ayant pu être réputée non accomplie qu'après sa mort, et la succession ne pouvant être déférée *ab intestat* tant que la condition était en suspens.

(3) Cujas, sur cette loi, pense contre Papinien que le texte de ce verset, dont les interprètes ont inutilement cherché le sens, a dû être corrompu, et qu'il faut lire *quemadmodum exheredatio filio, nepotes; si posteaquam filius moreretur, heredes instituti repudiassent.* Cette leçon est claire, et présente un autre cas dans lequel le fils n'empêche pas que les petits-fils ne soient héritiers siens *ab intestat.* Voici cette espèce : un père ayant déshérité son fils, a institué des étrangers, et omis ses petits-fils. Son fils lui a survécu, et est mort pendant que les héritiers institués délibéraient, et ceux-ci ont ensuite renoncé à la succession. L'omission des petits-fils n'a pas vicié le testament, parce que le fils les précédait au tems de sa mort, ci-dessus, *n.* 2; mais ce testament ayant été annullé par la renonciation des héritiers institués, et la succession ayant été déférée *ab intestat*, les héritiers siens y ont été appelés, et le fils n'y a plus mis d'obstacle parce qu'il était mort avant la renonciation des institués, et par conséquent avant que la succession fût déférée *ab intestat*, personne n'a plus précédé les petits-fils dans cette succession.

VIII. Jam videamus quæ conditio potestativa intelligatur.

Et « puto recte generaliter definiri : utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit, facti potestas est. Potest enim hæc, *si Alexandriam pervenerit*, non esse in arbitrio per hiemis conditionem : potest et esse, si ei, qui a primo milliario Alexandriæ agit, fuit imposita. Potest et hæc, *si decem Titio dederit*, esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere. Propter quæ ad generalem definitionem recurrendum est ». *l.* 4. §. 1. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Quid in specie sequenti? Lucius-Titius ita testamentum fecit : « Aurelius-Claudius natus ex illa muliere, si filium meum se esse » judici probaverit, heres mihi esto ». Paulus respondit : filium, de quo quæreretur, non sub ea conditione institutum videri, quæ in potestate ejus (1) est, et ideo testamentum nullius esse momenti ». *l.* 83. *ff.* 35. 1. *de condit. et demonstr.* Paul. *lib.* 12. *resp.*

Pro potestativa autem non habetur conditio rei illicitæ aut turpis.

Hinc « filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat (2) patris, ac si conditio non esset in ejus potestate. Nam *quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et* (ut generaliter dixerim), *contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* ». *l.* 15. *ff.* 28. 7. *de condit. instit.* Papin. *lib.* 16. *quæst.*

IX. Si *sui* heredes, ne excepto quidem filio, sub quavis con-

(1) Nec enim hæc conditio potestativa est, quæ, non ab arbitrio Claudii, sed ab eventu probationis, qui incertus est, pendeat.

(2) Igitur institutio filii sub tali conditione non valet. Verum valet institutio heredis extranei sub tali conditione, quia habetur pro non scripta : ut videb. infra, *lib.* 35. *tit.* 1. *de cond. et demonstr.* Quæ ratio differentiæ, Hanc affert Cujacius, *commentar. ad Papin.* ad *d. l.* Quum hæc conditio institutioni filii adjecta est, proxima ratio occurrit, quod non sit in ejus potestate : hæc autem ratio non sinit institutionem filii valere. Quum vero institutioni extranei adjecta est talis conditio, non inspicitur an sit in potestate instituti, necne (quum hoc non requiratur in institutione extranei) ; sed hoc primum inspicitur, an hæc conditio, quæ talis est ut nunquam existere possit, vera sit conditio ; an magis mendum quod in testamento irrepsit, esse videatur. Quæ ratio facit ut talis conditio quasi non conditio, sed mendum, insuper habeatur. Quod si insuper habetur, sequitur institutionem quasi sine conditione factam valere debere,

VIII. Voyons maintenant quelle est la condition qui est au pouvoir de l'héritier institué.

« Je pense qu'on peut décider en général si une condition est ou n'est pas ou pouvoir de l'héritier institué, parce que c'est une question de fait; en effet, la condition d'aller à Alexandrie peut ne pas dépendre de l'institué, si on y a joint celle d'y aller en hiver; et peut être en son pouvoir si elle a été imposée à celui qui n'était qu'à un mille d'Alexandrie. La condition de donner une somme à Titius peut aussi être difficile à remplir; par exemple, si Titius est parti pour un pays éloigné. Il faut donc recourir à une règle générale ».

Que faut-il dire dans l'espèce suivante : « Lucius Titius a dit, dans son testament, « je veux qu'Aurelius Claudius, qui est né » de telle femme, soit mon héritier s'il prouve au juge qu'il est » mon fils ». Paul a répondu sur cette question que le fils, dont il s'agissait, n'était pas censé institué sous une condition qui dépendît de lui (1), et que par conséquent le testament était nul ».

La condition de faire une chose honteuse ou illicite, est censée n'être pas au pouvoir de l'institué.

C'est pourquoi « si un fils, sous la puissance de son père, a été institué sous une condition improuvée par le sénat ou le prince, cette condition fait cesser le testament de son père (2), comme si cette condition n'eût pas été en son pouvoir, parce que les actions qui portent atteinte à l'honneur, à la réputation, ou qui en général sont contraires aux bonnes mœurs, sont des actions qu'il faut croire ne pas pouvoir faire ».

IX. Si les héritiers Seius, sans même en excepter le fils, peuvent être institués sous toutes conditions qui dépendent d'eux, ils

(1) Car la condition n'est pas potestative, puisqu'elle n'a pas dépendu de la volonté de Claudius, mais de l'événement de la preuve lequel était incertain.

(2) Lorsque le fils a été institué sous une pareille condition, le testament est donc nul; mais il ne l'est pas lorsque ce sont des étrangers qui l'ont été sous la même condition, parce qu'elle est censée n'avoir pas été écrite, comme on le verra au titre *des conditions et désignations testamentaires*, ci-après, *liv.* 35. Telle est la raison de cette différence que donne Cujas, *comment. sur Papin.*, sur cette loi. Lorsque cette condition a été mise à l'institution du fils, on voit clairement qu'elle n'est pas en son pouvoir; mais cette raison ne valide pas l'institution de ce fils, au lieu que, quand elle a été mise à celle d'un étranger, on ne considère pas si elle était en son pouvoir, parce que cela n'est pas nécessaire dans l'institution d'un étranger; mais seulement si cette condition, qui ne pouvait jamais être remplie, était une véritable condition, ou si ce n'était pas une erreur qui s'était glissée dans le testament; raison qui fait regarder une pareille condition comme une erreur et la fait rejeter; d'où suit que l'institution faite sous une pareille condition doit valoir comme si elle eût été faite sans condition.

ditione potestativa institui possunt, a fortiori sub illa conditione, *si voluerit.*

Hac de re ita Marcianus : « Jam dubitari non potest suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, *si voluissent*, heredes essent : si heredes non essent, alium, quem visum erit, eis substituere. Negatumque hoc casu necesse esse sub contraria conditione filium exheredare. Primum, quia tunc tantum id exigeretur, quum in potestate ejus non esset an heres patri existeret, expectantis extrinsecus positæ conditionis eventum : deinde quod, etsi quacumque posita conditione deberet filius sub contraria conditione exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperiri posset. Certe, si verbis exprimeretur, inepta fieret. Huic enim conditioni, *si volet, heres esto*, quæ alia verba contraria concipi possunt, quam hæc : *si nolet heres esse, exheres esto?* Quod quam sit ridiculum, nulli non patet ». *l.* 86. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Mæcian. *lib.* 7. *fideicommiss.*

« Non ab re autem hoc loco velut excessus (1) hic subjungetur, suis heredibus ita institutis, *si voluerint heredes esse*, non permittendum amplius abstinere se hereditate; quum ea conditione instituti, jam non ut necessarii, sed sua sponte heredes extiterunt. Sed et cæteris conditionibus, quæ in ipsorum sunt potestate, si sui pareant (2), jus abstinendi adsequi non debent ». *d. l.* 86. §. 1.

ARTICULUS III.

Quomodo exheredatio fieri debeat?

Plura ad hanc requiruntur : 1°. ut nominatim facta sit exheredatio; 2°. ut pure fiat; vel, si sub conditione, ut filius sub contraria conditione instituatur; 3°. ut vivo filio committatur exhedatio; 4°. ut a tota hereditate exheres quis sit factus; proinde ut a toto heredum gradu. Si autem plures heredum gradus facti sint, quærendum erit an debeat filius ab omnibus gradibus exheredari. Denique videbimus quibus verbis exheredatio fiat.

§. I. *De nominatim facienda exheredatione.*

X. « Filius qui in potestate est, si non instituatur heres, no-

(1) Id est, digressio.

(2) Hoc animo ut velint esse heredes. Alias impleta ab ipsis conditio non eis adimit abstinendi jus; quo nonnisi ex sua voluntate privari debent. Et ita hæc lex conciliatur cum *l.* 42. §. *fin. ff.* 29. 2. *de acquir. vel. omitt. hered.*

peuvent l'être à plus forte raison sous la condition qu'ils voudront l'être.

Marcian dit à cet égard : « On ne peut pas douter que les héritiers Seius ne puissent être institués sous la condition qu'ils seront maîtres d'être ou de ne pas être héritiers, et qu'on ne puisse leur en substituer d'autres pour le cas où ils refuseront de l'être. Mais on a nié qu'il fallût pour cela déshériter le fils sous une condition contraire; d'abord, parce que cette exhérédation n'est nécessaire que lorsqu'il n'était pas en son pouvoir de n'être pas l'héritier de son père, comme étant obligé d'attendre d'ailleurs l'événement de cette condition; ensuite parce que, bien qu'il dût être déshérité, quelleque fût cette condition, elle était impossible dans l'espèce. En effet, si elle était expressément énoncée, elle serait absurde; car le contraire de la proposition qu'il soit mon héritier, s'il veut l'être, est certainement qu'il soit déshérité s'il ne veut pas être mon héritier, disposition dont tout le monde sent l'absurdité ».

« Mais il ne sera pas hors de propos d'observer ici, par forme de supplément (1), qu'en instituant des héritiers siens sous la condition qu'ils voudront l'être, il ne faut pas les laisser maîtres de renoncer à la succession; parce que, institués sous cette condition, ils ne sont plus héritiers nécessaires, mais volontaires, et même lorsque des héritiers siens, qui se soumettent (2) à tout autre condition potestative, perdent le droit de renoncer ensuite ».

ARTICLE III.

Comment doit être faite l'exhérédation.

L'exhérédation exige plusieurs formalités, il faut, 1°. qu'elle contienne le nom de l'héritier déshérité; 2°. qu'elle soit faite purement ou simplement, ou que si elle est faite sous telle condition, l'enfant déshérité soit institué sous la condition contraire; 3°. qu'elle soit faite du vivant de l'héritier déshérité; 4°. qu'il soit absolument exclus de la succession, de manière qu'il ne soit héritier à aucun degré; et s'il en a été institué de plusieurs degrés il faudra examiner s'il est exclus de tous ses degrés. Nous verrons enfin en quels termes l'exhérédation doit être exprimée.

§. I. *De la nécessité de nommer expressément l'héritier déshérité.*

X. « Le fils, qui est sous la puissance de son père, doit être

(1) C'est-à-dire, par digression.

(2) Dans l'intention d'accepter la succession; autrement la condition remplie ne leur ôterait pas le droit de renoncer, dont ils ne doivent pas être dépouillés malgré eux. C'est ainsi qu'on concilie cette loi avec la loi 42. §. *fin. ff. de la manière d'accepter la succession ou d'y renoncer.*

minatim exheredari debet. Reliqui sui heredes utriusque sexus, aut *nominatim*, aut inter cæteros ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 20.

Jure autem Justinianeo, omnes liberi cujuscumque gradus aut sexus nominatim exheredari debent. *l.* 4. *cod.* 6. 28. *lib.*

« Quid sit nominatim exheredari videamus. Nomen, et prænomen, et cognomen ejus dicendum est. An sufficit vel unum ex his? et constat sufficere ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Quinetiam, « nominatim exheredatus filius et ita videtur, *filius meus exheres esto*, si nec nomen ejus expressum sit, si modo unicus sit. Nam si plures sunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur, nullum exheredatum esse ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 6. *regul.*

Suffragatur Paulus. Ita ille : « Titius testamento heredem instituit, et filium (1) habens, sic exheredationem posuit : *cæteri omnes filii* (2) *filiæque meæ exheredes sunto.* Paulus respondit : filium recte exheredatum videri ». *l.* 25. Paul. *lib.* 12. *resp.*

Obiter nota : « Postea consultus an videatur exheredatus, quem pater putavit decessisse, respondit : filios et filias nominatim exheredatos proponi : de errore autem patris qui intercessisse proponitur, apud judicem agi oportere (3) ». *d. l.* 25. *v. postea.*

Sed « et si pepercerit filium dicere, *ex Seia* autem *natum* dixit, recte exheredat. Et si cum convicio (4) dixerit, *non nominandus*, vel *non filius meus*, *latro*, *gladiator*, magis est ut recte exheredatus sit : et, si ex *adulterio* natum (5) dixerit ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

---

(1) Unicum.

(2) Si simplicer dixisset, *cæteri exheredes sunto*, hæc vox *cæteri* ac filias et liberos ulterioris gradus referetur, non ad filium qui nominatim exheredari debet. Quum autem dixerit *cæteri omnes filii*, filius nominatim exheredatus videtur.

(3) Ut, si is error probetur, non videatur exheredatione comprehensus. Ita Cujac. ad *h. l. in respons.* Pauli.

(4) Similiter et cum convicio recte instituetur. Infra, *lib.* 28. *tit.* 5. *de hered. instit.*

(5) Modo non probetur errasse testatorem : infra *n.* 20.

déshérité nommément s'il n'est pas institué héritier; mais les autres héritiers siens, de l'un ou de l'autre sexe, doivent être déshérités ou nommément ou en général ».

Mais, par le droit de Justinien, tous les enfans de l'un ou de l'autre sexe doivent être nommément déshérités.

« Voyons ce qu'on entend par déshériter nommément, s'il faut énoncer les noms, prénoms et surnoms de l'enfant déshérité; ou s'il suffit de dire son nom, prénom ou surnom, il est constant que cette dernière énonciation suffit ».

Et même « un père est censé avoir déshérité son fils en disant je veux que mon fils soit déshérité; sans dire son nom, pourvu qu'il n'ait pas d'autres fils; car, s'il en avait plusieurs, suivant le plus grand nombre des jurisconsultes, il faut favorablement décider qu'il n'en a déshérité aucun ».

Ainsi l'enseigne Paul. « Titius a institué un héritier par son testement; et comme il avait un fils (1), il a dit pour le déshériter: je veux que tous mes autres fils ou filles (2) soient déshérités. Paul répondit que ce fils était bien déshérité ».

Observez en passant que « Paul, consulté ensuite sur la question de savoir si un père avait suffisamment déshérité son fils en croyant qu'il était mort, repondit que les enfans de l'un ou de l'autre sexe devaient être nommément déshérités; mais qu'il fallait faire juger la question relativement à celui que son père avait cru mort (3) ».

Mais « quand un père n'aurait pas dit que celui qu'il déshéritait était son fils, ce fils serait régulièrement déshérité, s'il l'avait désigné par le fils de Seia, sa femme; et s'il avait dit injurieusement (4) mon fils que je ne ne dois pas nommer, qui n'est pas mon fils, le voleur, le gladiateur; le mieux est encore de dire qu'il serait bien déshérité, et il en serait de même quand il aurait dit qu'il était né d'un adultère (5) ».

---

(1) Unique.

(2) S'il avait dit simplement, *que mes autres enfans soient déshérités*, le mot *les autres* se rapporterait aux filles et aux fils d'un degré inférieur, et non à son fils qui devait être nommément déshérité; mais comme il a dit simplement *tous mes autres fils*, son fils unique est censé déshérité nommément.

(3) Afin que si cette erreur est prouvée, elle soit censée ne pas exister dans l'exhérédation. Ainsi pense Cujas sur cette loi.

(4) Il peut également être institué dans des termes injurieux. Voyez ci-après, le titre *de l'institution d'héritier*.

(5) S'il n'est pas prouvé que le testateur se soit trompé. Voyez ci-après, *num.* 20.

§. II. *De exheredatione pure facienda, et vivo filio committenda.*

XI. « Pure (1) autem filium exheredari Julianus putat (2). Qua sententia utimur ». *d. l.* 3. §. 1.

XII. Oportet ut exheredatio non secus ac institutio filii vivo filio committatur. Repugnat enim aliquem post mortem suam heredem aut exheredem existere.

Unde Tryphoninus : « Filius a patre, cujus in potestate est, sub conditione, quæ non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus, decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis quam exheredationis. Dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse; quia, dum vivit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit ». *l.* 28. Tryphon. *lib.* 20. *disp.*

Hinc etiam « testamentum quod hoc modo scribitur, *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres* (3) *esto*, nullius momenti est; quia filius post mortem suam exheredatus est. Quare et contra tabulas paternorum libertorum (4), hujusmodi filius bonorum possessionem accipere poterit ». *l.* 13. §. 2. Jul. *lib.* 29. *digest.*

Obiter nota : « Herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filii institui potest ». *sup. d. l.* 28. *v. herede.*

---

(1) Ratio est, quia nullus esse debet casus quo filius præteritus sit. Atqui si sub conditione exheredetur, erit casus quo præteritus sit : scilicet casus quo deficeret conditio. Hæc ratio cessat, si filius qui sub conditione exheredatur, sub contraria conditione institutus fuit. Hoc igitur unico casu, et institutio, et exheredatio, quamvis sub conditione factæ, valebunt; quia nullus est casus quo filius sit præteritus. Nam in casum quo conditio institutionis existet, erit heres : in casum quo deficiet, quum ejus defectus sit existentia conditionis exheredationi appositæ, erit exheres. Oportet autem ut vivo filio, alterutra conditio existat : alioquin ruit tum institutio, tum exheredatio, et consequenter testamentum : ut videb. *n.* seq.

(2) Quod de filio hic dicitur, Justinianus ad omnes liberos porrexit.

(3) Filius hic videtur post mortem suam exheredatus. Nam exheredatio, ut et cætera quæ testamento continentur, pendent ab aditione heredis scripti : et non possunt valere, nisi ab adita hereditate. Sed in hac specie heres non potest adire nisi post mortem filii exheredati, quum ita scriptus supponatur, *post mortem filii heres esto.* Consequenter exheredatio non potest committi, nisi post mortem exheredati, quod repugnat : et ideo talis exheredatio non valet.

(4) Filius a patre suo exheredatis denegatur possessio contra tabulas libertorum paternorum. Vid. infra, *l.* 20. *ff. lib.* 37. *tit.* 4. *de bon. poss. cont. tabul.*

§. II. *Il faut que l'exhérédation soit faite purement et simplement, et qu'elle soit faite du vivant du fils déshérité.*

XI. « Suivant Julien, un fils doit être déshérité purement et simplement (1), et cette opinion est suivie en droit (2) ».

XII. L'exhérédation d'un fils doit être faite de son vivant comme son institution, parce qu'il serait absurde de dire qu'on aurait déshérité ou institué une personne après sa mort ».

C'est pourquoi Tryphoninus dit : « Un fils qui était sous la puissance de son père en a été institué héritier sous une condition qui n'était pas en son pouvoir de remplir, et déshérité s'il ne remplissait pas la condition ; il est mort pendant que la condition de son institution et de son exhérédation étaient encore en suspene. J'ai répondu que cet héritier était mort *ab intestat*, parce que tant qu'il a vécu il n'a été ni héritier, ni déshérité en vertu du testament ».

C'est aussi pourquoi « un testament où il est dit, je veux que Titius soit mon héritier après la mort de mon fils, et que mon fils soit déshérité (3), est nul, parce que ce fils est déshérité après sa mort. C'est pourquoi le fils ainsi déshérité pourra obtenir la possession des biens contre les dispositions du testament des affranchis de son père (4) ».

« Il faut observer en passant que le fils ayant été institué héritier en partie, son cohéritier peut être institué héritier après sa mort ».

---

(1) La raison en est qu'il ne doit y avoir aucun cas où le fils soit omis ; et que s'il peut être déshérité sous condition, ce cas existera si la condition n'est pas remplie ; mais cette raison cesse lorsque le fils déshérité sous une condition est institué sous la condition contraire. Ce cas est donc le seul dans lequel l'institution et l'exhérédation faites sous condition seront valides parce qu'il n'y a aucun cas où le fils soit omis, puisqu'il sera héritier dans le cas où la condition de son institution sera remplie, et qu'il sera déshérité parce que ce sera par sa faute que la condition de son exhérédation aura eu lieu ; mais il faut que ces deux conditions aient lieu de son vivant, autrement l'institution et l'exhérédation seront nulles, et par conséquent le testament, comme on le verra dans le *n.* suiv.

(2) Justinien a étendu à tous les enfans ce qui vient d'être dit du fils.

(3) Le fils paraît ici déshérité après sa mort, parce que l'exhérédation, comme toutes les autres dispositions du testament, dépendent de l'adition d'hérédité que doit faire l'héritier institué, qui seule peut les rendre valables ; mais dans cette espèce l'héritier ne peut accepter la succession qu'après la mort du fils déshérité. L'exhérédation ne peut être encourue non plus que par la mort du fils déshérité ; ce qui répugne ; et par conséquent une pareille exhérédation est nulle.

(4) Les fils déshérités par leur père n'obtiennent pas la possession des biens des affranchis de leur père contre son testament. Voyez *l.* 20. *ff. de la possession des biens accordée contre le testament*, ci-après, *n.* 37.

§. III. *De exheredatione a tota hereditate facienda, item a toto heredum gradu; et, quum plures gradus facti sunt, an ab omnibus exheredandus sit filius?*

XIII. Oportet ut quis a tota hereditate exheres sit. Hinc, « quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit, *et in cætera parte exheres mihi erit*, et quæreretur an recte exheredatus videretur? Scævola respondit : non videtur. Et in disputando adjiciebat : ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur : aliamque causam esse institutionis (1), quæ benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adjuvandæ ». *l.* 19. Paul. *lib.* 1. *ad Vitell.*

XIV. Ex eo quod a tota hereditate exheredandus sit filius, sequitur oportere ut a toto heredum gradu, cui ex testamento defertur hereditas, exheres sit.

Quando autem videtur a toto heredum gradu exheredatus? Et quidem « filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur, et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit : nam si hoc fecit, vitiosa erit exheredatio : quemadmodum si ita eum exheredaverit, *quisquis mihi heres erit filius, exheres esto.* Nam (ut Julianus scribit) hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile (2) ». *l.* 3. §. 2. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

XV. Quid si plures sunt heredum gradus? Tunc, ut valeat testamentum, non præcise necesse est filium ab omnibus exheredare; sed eorum graduum a quibus exheres factus est, institutiones valebunt; eorum autem graduum a quibus præteritus est, non valebunt.

Hinc, « si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium præteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus, et Cassius, et Julianus putant, peremptо primo gradu, testamentum

(1) Institutio ex certa re facta, benigne detracta rei mentione sustinetur : ut videb. infra, *lib.* 28. *tit.* 5. *de hered. instit.*

(2) Oportet enim valere testamentum, ut ex testamento adeatur hereditas : non potest autem testamentum valere, quandiu filius heres aut exheres non est. Nec obstat lex 68. *v. sic enim. ff.* 28. 5. *de hered. instit.* quam vid. infra, *lib.* 35. *tit.* 1. *de condit. et dem. n.* 39.

§. III. *De la manière de faire l'exhérédation générale, de celle qui s'étend à tous les degrés de successibilité; et si, quand on a établi plusieurs de ces degrés, il faut déshériter pour tous les degrés.*

XIII. Il faut que celui qui est déshérité le soit pour toute la succession. C'est pourquoi « un père ayant institué sa fille pour héritière de tous ses biens, et ayant légué seulement une certaine somme à son fils qui était en sa puissance, en ajoutant qu'il voulait que son fils fût déshérédité pour le reste. On demandait si ce fils était censé régulièrement déshérité; Scævola répondit negativement, et en discutant sur cette question, il ajoutait que l'exhérédation de ce fils n'était pas valable, parce que celui-ci, qui était déshérité par rapport à un fonds de terre, ne l'était pas régulièrement; et qu'il en était autrement de l'exhérédation que de l'institution (1), parce qu'on traitait favorablement l'institution d'héritier, et par conséquent qu'on devait moins protéger les dispositions d'exhérédation ».

XIV. De ce qu'il faut qu'un fils soit déshérité pour toute la succession, il s'ensuit que l'exhérédation doit porter sur tous les degrés de successibilité, à l'égard de celui à qui la succession est déférée par le testament.

Mais quand est-il censé déshérité pour tous les degrés? « Un fils est régulièrement déshérité entre les institutions, et il sera rejetté de tous les degrés, à moins que le testateur ne l'ait déshérité par rapport à un seul des institués, parce qu'alors l'exhérédation sera vicieuse, comme s'il eût dit, quelque soit mon héritier, que mon fils soit déshérité; car, ainsi que l'a dit Julien, une pareille exhérédation est vicieuse, parce que le testateur a voulu que son fils fût déshérité après l'acceptation de la succession; ce qui est impossible (2) ».

XV. Que faut-il dire s'il y a plusieurs degrés d'héritiers? Alors, pour que le testament soit valide, il n'est pas précisément nécessaire que le fils soit exclus de tous; mais les institutions ne vaudront que pour les degrés dont il sera exclus, et celle des degrés dont il ne sera pas exclus seront nulles.

C'est pourquoi, « si un père de famille a fait son testament de telle manière, que son fils soit omis au premier degré, et déshérité au second seulement, suivant Sabinus, Cassius et Julien, le

(1) L'institution, pour une certaine chose, est favorablement maintenue, lors même qu'elle ne fait pas mention de la chose, comme on le verra ci-après, au titre *de l'institution d'héritier*.

(2) Car il faut que le testament soit valide pour que la succession soit acceptée en vertu de ce testament; or le testament ne peut pas valoir tant que le fils n'est ni héritier ni déshérité, nonobstant la *l.* 68. *v. sic enim ff. de l'institution d'héritier*, que nous verrons ci-après, *liv.* 35, au titre *des conditions et désignations testamentaires*, *n.* 39.

ab eo gradu exordium capere (1), unde filius exheredatus est : quæ sententia comprobata est ». *l.* 3. §. 6. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Obiter nota inde illud sequi quod, « si filius substituatur ei a quo præteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem : quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet ubi filius esset exheredatus ». *l.* 75. *ff.* 28. 5. *de hered. institut.* Papin. *lib.* 12. *quæst.*

Unde species sequens : « Lucius-Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios. Quæsitum est an institutio uxoris nullius momenti sit, eo quod ab eo gradu filii non essent exheredati ? Respondi : eum gradum a quo filii præteriti sunt, nullius esse momenti. Et ideo quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes extitisse videri : scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit : sicut responsum est, si a primo sit filius præteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest qua ratione secundi heredis institutio valeat : utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est ». *l.* 43. §. 2. *ff.* 28. 6. *de vulg. et pupill. subst.* Paul. *lib.* 9. *quæst.*

XVI. Vice versa, si ab institutorum gradu filius sit exheredatus, a substitutorum gradu præteritus, inutilis erit substitutio, quamvis, aut dum deliberant instituti, aut vivo testatore, filius mortuus sit.

V. G. « si primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et, dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit : secundum sententiam qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, quum ab eo filius exhedatus non sit. Quod si in posthumo filio idem acciderit (ut natus vivo patre (2) a quo exheredatus sit, moriatur), eadem dicenda erunt de substituto (3) : quoniam, quum est natus filius, loco ejus est, qui superstes est (4) ». *l.* 8. Pomp. *lib.* 1. *ad Sab.*

XVII. Quamvis exheredatio liberorum a primo heredum gradu facta, cæteros gradus a quibus non est facta non confirmet, non

(1) Contra, posthumus a primo gradu præteritus, sequentes rumpit a quibus exheredatus est. Rationem disparitatis vid. infra, sect. seq.

(2) Emendat Cujacius et legit, *vivo primo.*

(3) Ut scilicet non sit heres, utpote per nativitatem posthumi substitutione rupta.

(4) Id est, posthumus, quum nascitur, est similis filio jam nato, qui superstes fuit patri de quo prius locuti sumus.

testament sera nul par rapport au premier degré, auquel le second succédera (1); d'où suit que le fils reste déshérité : opinion qui a été adoptée.

Observez en passant qu'il en résulte que, « si un fils est substitué au degré où il a été omis, il sera appelé à la succession de son père, non pas *ab intestat*, mais en vertu de son testament, parce que le testament doit toujours commencer par le degré dont le fils a été exclu ».

De là l'espèce suivante : « Lucius Titius ayant des fils sous sa puissance, institua sa femme son héritière, et lui substitua ses fils. On demandait si l'institution de la femme était nulle, parce que les filles n'étaient pas exclues du degré où elles étaient instituées. Je répondis que le degré où les fils ont été omis était annullé, et par conséquent, que les fils étant substitués d'après l'hypothèse proposée, étaient censés être héritiers en vertu du testament, puisqu'ils n'infirmaient pas le testament, mais seulement le degré qui était nul dès l'origine, ainsi qu'on l'a dit sur l'espèce, où le fils ayant été omis dans la première institution, est déshérité dans la seconde; et qu'il importait peu par quelle raison l'institution du second héritier était valide; c'est-à-dire, que ce fût parce que le fils était exclus de ce degré, ou parce qu'il y avait été substitué ».

XVI. Réciproquement, si le fils a été exclus du degré des institués, et omis à celui des substitués, la substitution sera nulle; quoique le fils soit mort pendant que les institués délibéraient ou du vivant du testateur.

Par exemple, « si après avoir institué un premier héritier, j'ai déshérité mon fils, et ne l'ai pas déshérité après en avoir institué un second; ce fils étant venu à mourir pendant que le premier délibérait sur l'adition d'hérédité, le second ne sera pas héritier; suivant l'opinion que nous avons adoptée, parce qu'on l'a institué sans déshériter le fils; mais si la même chose était arrivée par rapport à un posthume, (c'est-à-dire, que né du vivant de son père (2), qui l'aurait déshérité, il fût aussi mort), il faudrait en dire autant de son substitué (3), parce qu'un posthume est assimilé à un fils qui aurait survécu à son père (4) ».

XVII. Quoique l'exhérédation des enfans au premier degré de succession ne confirme pas les autres degrés où elle a été omise, on n'en peut cependant pas dire autant de leur institution; car

(1) Au contraire le posthume omis au premier degré détruit les suivans auxquels il est déshérité. Voyez la raison de cette différence, ci-après, section suivante.

(2) Cujas corrige cette leçon, et lit *vivo primo*.

(3) C'est-à-dire, qu'il n'est pas héritier, sa substitution étant annullée par la naissance d'un posthume.

(4) C'est-à-dire, que le posthume qui naît est assimilé à l'enfant déjà né, et qui survit à son père, comme on l'a déjà dit.

tamen idem dicendum est de eorum institutione. Hæc enim confirmat et sequentes gradus, quamvis ab illis præteriti sint.

Hinc Africanus : « Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius præteritus sit, non valere, non usquequaque veram esse ait. Nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari : ideoque si filio et Titio heredibus institutis, Titio Mævius substitutus sit omittente Titio hereditatem, Mævium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exheredatus non sit ». *l.* 14. §. 1. *lib.* 4. quæst.

XVIII. Quærendum superest quando ab omnibus heredum gradibus quis exheredatus intelligi debeat.

Et quidem « ante heredis institutionem exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est ». *l.* 3. §. 3. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

« Inter duos autem gradus exheredatus, ab utroque remotus est, secundum Scævolæ sententiam; quam puto veram ». *d. l.* 3. §. 4.

« In eo qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat : veluti, *primus heres esto ex semisse ; si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto ; tertius ex alio semisse heres esto, filius exheres esto : si tertius heres non erit, quartus heres esto.* Nam ab utroque gradu summotus est (1)». *d. l.* 3. §. 5.

Sed et « quum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur, si adjiciat testator ab omnibus se gradibus exheredare, non dubitatur juri satisfactum esse. Et ideo, etiamsi id non adjiciatur, appareat tamen eum in eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, recte factum testamentum videtur. Proinde quum paterfamilias filiis institutis et invicem substitutis filium exheredaverit, intelligendus est exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam quum iidem heredes instituti sunt, nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse ». *l.* 1. *cod.* 6. 28. *de lib. præt.* Antonin.

§. IV. *Quibus verbis fieri debeat exheredatio ?*

XIX. Justinianus definivit filium recte exheredatum intelligi per hæc verba : *Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat ;* aut similia. *l.* 3. *cod.* 6. 28. *de liber. præt.*

(1) Quod si testator non miscuisset gradus, sed ita scripsisset : *Titius ex semisse, Gaius ex altero semisse heres esto : si Titius heres non erit, Lucius heres esto ; filius exheres esto : si Gaius heres non erit, Sempronius heres esto ;* filius a solo secundo gradu exheredatus videretur.

celle du premier degré confirme les degrés subséquens où elle a été omise.

C'est pourquoi Africanus dit : « Ce qu'on dit ordinairement que le degré où le fils a été omis est nul, ne s'entend pas de tous les degrés ; car si le fils a été institué héritier au premier degré, il n'est pas nécessaire de le déshériter dans les substitutions qui suivent; et par conséquent, le fils ayant été institué héritier avec Titius, et Mævius substitué à Titius, si Titius n'accepte pas la succession, Mævius pourra l'accepter, encore que le fils n'ait point été déshérité par la substitution ».

XVIII. Il nous reste à examiner quand un fils est censé déshérité pour tous les degrés de succession.

Et à la vérité, « le fils déshérité avant l'institution d'héritier, est exclus de tous les degrés ».

« Mais s'il est déshérité après l'institution d'héritier, et avant la substitution, il est exclus de ces deux degrés, selon l'opinion de Scævola, que je crois fondée ».

« Mauricianus pense avec raison, que celui qui est déshérité par une disposition où deux degrés sont confondus, comme celle-ci, que le premier soit héritier pour moitié; s'il n'est point héritier, que le second le soit pour moitié; que le troisième le soit pour l'autre moitié, et si ce troisième ne l'est pas, que le quatrième le soit, et que mon fils soit déshérité, est régulièrement faite; parce qu'il est exclus de l'un et de l'autre de ces degrés (1) ».

Et même, « lorsque l'exhérédation est faite après tous les degrés de succession, si le testateur ajoute qu'il veut qu'il le soit pour tous, il n'y a pas de doute qu'il n'ait satisfait à cet égard à ce que prescrit régulièrement la loi, et dans l'absence même de cette disposition aditionnelle, il paraîtrait encore avoir eu l'intention de déshériter son fils à tous les degrés, et son testament serait régulièrement fait. Ainsi, un père de famille qui après avoir institué plusieurs de ses fils, et les avoir substitués les uns aux autres, aurait déshérité un autre de ses fils, serait censé avoir régulièrement déshérité ce dernier à tous les degrés; parce que, comme ce sont les mêmes héritiers qui y sont institués, on ne voit pas de raison pour dire qu'il n'ait voulu faire l'exérédation qu'au dernier ».

§. IV. *En quels termes l'exhérédation doit être conçue.*

XIX. Justinien a décidé qu'un père était censé avoir régulièrement déshérité son fils, en disant que un tel, mon fils, soit étranger à ma succession, ou autres choses semblables.

(1) Mais si le testateur n'eût pas confondu les degrés, et eût dit que Titius soit héritier pour une moitié, que Gaius le soit pour l'autre moitié; et que si Titius n'est pas héritier, que Lucius le soit à sa place, et que mon fils soit déshérité; si Gaius ne l'est pas, que Sempronius le soit; le fils alors serait censé déshérité au second degré.

Item nihil interest an per verba de præsenti, an per verba de futuro concepta sit exheredatio. Nam « filii etiam hoc modo exheredantur : « *Filius exheres sit, filius exheres erit* ». *l.* 17. Flor. *l.* 10. instit.

ARTICULUS V.

Quibus ex causis, et qui liberi exheredari possint?

XX. Plerumque exheredantur liberi ut puniantur. Interdum tamen « multi non notæ causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant; (ut puta impuberibus); eisque fideicommissam hereditatem dant ». *l.* 18. Ulp. *lib.* 57. *ad ed.*

Cæterum, sive ut liberis consuleret, sive ut eos puniret, pater eos exheredaret, ad exheredationem nulla alia causa requirebatur quam voluntas patris. Unde, « qui volebat filiam exheredare, sic testamento comprehendit : *Te autem, filia, ideo exheredavi* (1), *quoniam contentam te esse dote volui.* Quæro an efficaciter exheredata sit? Modestinus respondit, nihil proponi cur non esset voluntate testatoris exheredata ». *l.* 61. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Modest. *lib.* 8. resp.

Quod « si quis ita scripserit : *Ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto* : hanc exheredationem ita nullius esse momenti ait, si probetur ex eo (2) natus. Non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium pater (quum filium exheredaret) proposuisset, et adjecisset propter eam causam exheredare; probaturque patrem circa causam exheredationis errasse ». *l.* 14. §. *fin.* African. *lib.* 4. quæst.

« Idem est, et si ita dixerit : *Ille illius filius exheres esto*, patrem ei adulterum per errorem adsignans ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sabin.*

Valet quidem ipso jure testamentum, quo liberi pro lubitu parentis sunt exheredati. Verum moribus eis subventum est, ut, si immerenter se docerent exheredatos, possent testamentum rescindere per querelam inofficiosi testamenti, de qua egimus supra *lib.* 5. *tit.* 2.

An eo casu valeat testamentum adhuc post Novellam CXV, cap. 3, lis est inter doctores. Vid. Vinnium, quæst. *lib.* 2. cap. 21.

XXI. Filii quilibet, imo tam miles quam paganus, exheredari possunt. Hinc « filiusfamilias, si militet, ut paganus nominatim a

(1) Hinc nota, etiam per verba præteriti temporis potuisse exheredationem concipi.

(2) Et si hoc ambigatur et impubes sit, dabitur ei interim Carboniana possessio. Vid. infra, *lib.* 37. *tit.* 10. *de Carbon. edict.*

Et il est indifférent que l'exhérédation soit conçue en termes relatifs à un tems présent ou futur; car, « un père peut déshériter son fils en disant que mon fils soit déshérité, ou bien mon fils sera déshérité ».

ARTICLE V.

Pour quelle cause des enfans peuvent-être déshérités, et quels enfans peuvent l'être ?

XX. Ordinairement on déshérite des enfans pour les punir; mais quelquefois aussi « un père déshérite ses enfans sans avoir l'intention de les punir, et, au contraire, pour leur bien; comme, par exemple, des impubères, en leur laissant sa succession par fidéicommis ».

Au reste, la volonté du père suffisait pour légitimer l'exhérédation des enfans, soit que le père les déshérédît pour les punir ou pour leur bien. C'est pourquoi, « un père qui voulait déshériter sa fille, a dit, dans testament : Pour vous, ma fille, je vous ai déshéritée (1), parce que j'ai voulu que vous vous contentiez de votre dot. On demandait si cette fille était régulièrement déshéritée. Modestinus répondit que, suivant l'exposé, il n'y avait pas de raison pour qu'elle ne le fût pas selon la volonté de son père».

Mais, « si un père a dit, dans son testament, que tel de mes enfans, que je sais qui n'est pas né de moi, soit déshérité, il répond que cette exhérédation est nulle, si ce fils ne prouve pas qu'il est né du testateur (2), parce qu'un fils n'était pas censé déshérité, lorsque son père en le déshéritant a énoncé la raison pour laquelle il le déshéritait, si le fils prouve que son père s'est trompé ».

« Il en est de même, s'il a dit que tel fils de tel soit déshérité en lui donnant par erreur un père adultère ».

Ce testament, pour lequel un père a déshérité ses enfans parce qu'il le voulait, est valide de plein droit; mais il est d'usage de leur subvenir, afin que s'ils prouvent n'avoir pas mérité l'exhérédation, ils puissent faire rescinder le testament, par la querelle d'inofficiosité, dont nous avons parlé ci-dessus, *liv.* 5, *tit.* 2.

Les docteurs sont partagés sur la question de savoir si le testament est valide dans ce cas, même depuis la Novelle CXV, chap 3. Voyez Vinnius, *questions choisies, liv.* 2. *chap.* 21.

XXI. Tous les fils peuvent être déshérités, quand même ils seraient militaires. C'est pourquoi, « un fils de famille même mili-

(1) Ainsi il est à observer que l'exhérédation peut se faire en termes relatifs à un tems passé.

(2) Si cela est douteux, et qu'il soit impubère, on lui donnera, par provision, la possession Carbonienne. Voyez le titre de *l'édit Carbonien*, ci-après, *liv.* 37.

patre aut heres scribi aut exheredari debet : jam (1) sublato edicto divi Augusti, quo cautum erat, ne pater filium militem exheredaret ». *l.* 26. Paul. *lib.* 3. sentent.

SECTIO II.

De institutione et exheredatione posthumorum.

XXII. Posthumi duplicis generis distinguuntur; proprie dicti, et quasi-posthumi.

« Posthumos autem dicimus eos duntaxat qui post mortem parentis nascuntur ». *l.* 3. §. 1. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt. testament.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sabin.*

Quasi-posthumi seu posthumorum loco sunt, qui post testamentum incipiunt primum in familia locum obtinere.

Utrique rursus in varias species subdividuntur.

Et 1°. posthumi proprie dicti, alii vulgares, alii Aquiliani.

Vulgares sunt qui post mortem testatoris nascuntur, et quos nemo tempore testamenti in familia præcedebat.

Aquiliani sunt nepotes aut pronepotes qui post mortem testatoris nascuntur; et ex invento Galli-Aquilii, heredes instituuntur vel exheredantur in eum casum quo illi, qui tempore testamenti ipsos in familia præcedebant, vivo testatore præmortui fuissent, aut alio modo exivissent e familia.

2°. Quasi-posthumorum seu eorum qui posthumorum loco sunt, præcipuæ species sunt :

Velleiani ex 1°. legis capite : qui post testamentum factum, sed vivo adhuc testatore, nascuntur testatori sui heredes.

Velleiani ex 2°. legis capite : Qui testamenti facti tempore jam nati, post testamentum mortuo aut aliter e familia exeunte illo, qui ipsos præcedebat, in sui heredis gradum succedunt.

Juliani, qui post testamentum, vivo testatore vivoque illo, qui ipsos in familia testatoris præcedit, nascuntur; sed eo qui ipsos præcedebat, postea (vivo testatore), mortuo, in suorum heredum gradum succedunt.

Sunt et aliæ quasi-posthumorum species de quibus infra, art. 2. Hæc ad intelligentiam eorum quæ sequuntur, dixisse sufficiat.

---

(1) Nam jus exheredandi, est sequela paternæ potestatis, a qua filium militia non eximit.

taire, doit être nommément déshérité ou institué héritier, comme s'il n'était pas militaire, sans avoir égard (1) à l'édit d'Auguste, qui défendait au père de déshériter son fils militaire ».

SECTION II.

De l'institution et de l'exhérédation des posthumes.

XXII. On distingue les posthumes en deux classes, l'une, des posthumes proprement dits, et l'autre des quasi-posthumes.

« Nous appelons posthumes seulement, ceux qui sont nés depuis la mort de leur père ».

Les quasi-posthumes sont ceux qui n'ont commencé d'être membres de la famille que depuis le testament.

Les uns et les autres se subdivisent en plusieurs espèces.

2°. Les posthumes proprement dits sont, les uns, *vulgares*; les autres, *Aquiliani*.

Les *vulgares* sont ceux qui sont nés depuis la mort du testateur, et que personne ne précédait dans la famille au tems du testament.

Les *Aquiliani* sont les petits-fils ou arrière-petits-fils qui sont nés après la mort du testateur, et ce fut Gallus Aquilius qui introduisit l'usage de les instituer ou de les déshériter, dans le cas où ceux qui les précédaient dans la famille au tems du testament, étaient morts ou sortis de la famille de quelqu'autre manière, avant la mort du testateur.

2°. Les principales espèces de quasi-posthumes, ou de ceux qui tiennent la place des posthumes, sont,

D'après le premier chef de la loi, *les Velleiens*; c'est-à-dire, ceux qui naissent héritiers siens du testateur après son testament, mais de son vivant.

D'après le second chapitre de cette même loi, *les Velleiens*, qui étaient nés au tems du testament, dans le cas où, après ce testament, celui qui les précédait dans la famille, en était sorti ou était mort, et qui lui succédaient comme héritier sien.

Les *Juliani* qui sont nés après le testament, mais du vivant du testateur, lorsque celui qui les précédait dans la famille existait encore, mais venait à mourir ensuite du vivant du testateur, et qui lui succédaient comme héritiers siens.

Il y a encore d'autres espèces de quasi-posthumes, dont nous parlerons plus bas, art. 2. Ce que nous venons d'en dire suffit pour entendre ce qui suit.

---

(1) Parce que le pouvoir de déshériter est une suite de la puissance paternelle dont le fils militaire n'est pas affranchi.

ARTICULUS I.

De institutione et exheredatione posthumorum proprie dictorum.

XXIII. Quemadmodum inutile est testamentum in quo præteritus est is qui tempore testamenti inter suos heredes erat; ita rumpitur testamentum nativitate posthumi sui heredis, qui in eo præteritus est.

Ne igitur hoc contingeret, receptum est jure civili (id est, prudentum interpretatione) ut, quamvis regulariter qui nondum natus est heres institui non possit, tamen posthumi *sui* possit heredes exheredesve scribi.

Posthumos *suos* dicimus qui, si vivo testatore nati essent, proximum in familia ejus locum obtinuissent. Scilicet qui tales sunt ut si vivis nobis noti fuissent, in potestate nostra fuissent, et proximum locum obtinuissent in familia, quamvis post mortem nostram nati sint, adeoque nunquam in potestate nostra fuerint, tamen suorum heredum loco sunt.

Circa hanc posthumorum institutionem aut exheredationem videbimus: 1°. quis posthumum heredem scribere possit vel exheredare; 2°. quis posthumus possit heres scribi vel exheredari; 3°. quando posthumus institutus videri debeat necne; 4°. quatenus necessaria sit in testamento, posthumi institutio vel exheredatio; 5°. quomodo fieri debeat tam institutio quam exheredatio posthumi.

§. I. *Quis posthumum instituere possit?*

XXIV. Quum posthumus institui non possit nisi suus, et fœmina suos heredes habere non possit, sequitur nonnisi a masculis posthumum posse institui heredem.

Cæterum, « placet omnem masculum posse posthumum scribere, sive jam maritus (1) sit, sive nondum uxorem duxerit. Nam et maritus repudiare uxorem, potest, et qui non duxit uxorem, postea maritus effici. Nam et quum maritus posthumum heredem scribit, non utique is solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est, vel is qui tunc in utero est, verum is quoque qui ex quacumque uxore nascatur ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

« Ideoque qui posthumum heredem instituit, si post testa-

(1) Supple: *et quidem etsi maritus sit ejus mulieris quæ per ætatem amplius liberos habere non potest*: ad hæc enim refertur quod postea dicitur: *nam et maritus repudiare, etc.*

ARTICLE I.

De l'institution et de l'exhérédation des posthumes, proprement dits.

XXIII. Comme le testament, dans lequel a été omis un fils qui était au nombre des héritiers siens au tems du testament est nul, ce testament devient encore nul, par la naissance du posthume héritier sien qui y a été omis.

Ce fut pour remédier à cet inconvénient, qu'il fut reçu dans le droit civil, c'est-à-dire, par l'interprétation des prudens, que, bien que régulièrement l'enfant qui n'était pas né, ne puisse pas être héritier, les posthumes pouvaient cependant être institués héritiers siens ou déshérités par testament.

Nous appelons posthumes héritiers siens, ceux qui, s'ils eussent été nés du vivant du testateur, auraient été au premier degré dans sa famille; c'est-à-dire, ceux qui, s'ils étaient nés de notre vivant, auraient été sous notre puissance, et auraient tenu le premier rang dans votre famille, lesquels, quoique nés après notre mort, et par conséquent n'ayant jamais été sous notre puissance, sont cependant du nombre de nos héritiers siens.

Par rapport à cette institution et cette exhérédation des posthumes, nous examinerons : 1°. qui peut instituer héritier ou déshériter un posthume; 2°. quel posthume peut être institué héritier ou déshérédité; 3°. quand un posthume doit être regardé comme étant ou n'étant pas institué; 4°. jusqu'à quel point il est nécessaire d'instituer ou de déshériter les posthumes par testament; 5°. comment doit être faite leur institution ou leur exhérédation.

§. I. *Qui peut instituer un posthume.*

XXIV. Comme un posthume ne peut pas être institué, à moins qu'il ne soit héritier sien, et que les femmes ne peuvent pas avoir d'héritiers siens, il n'y a que les hommes qui puissent instituer des posthumes.

Mais « il a été décidé que tout individu pouvait instituer un posthume, soit qu'il fût marié (1), ou qu'il ne le fût pas, parce qu'un mari pouvait répudier sa femme, et que celui qui n'avait point de femme pouvait se marier. Et encore, parce que lorsqu'un homme marié institue un posthume, ce ne peut pas être celui qui sera né de sa femme, ou dont elle est enceinte, mais celui qui doit naître de tout autre femme ».

« C'est pourquoi, si un père a institué héritier son fils pos-

(1) Ajoutez : et même quoiqu'il soit le mari de la femme qui, à raison de son âge, ne peut pas avoir d'enfans ; car c'est à quoi se rapporte ce qui est dit ensuite : *parce que le mari peut répudier.*

mentum factum mutavit matrimonium, is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est ». *l.* 5. Jav. *lib.* 1. *ex Cassio.*

XXV. « Sed est quæsitum an is qui generare facile non possit, posthumum heredem facere possit? Et scribunt Cassius et Javolenus, posse. Nam et uxorem ducere et adoptare potest. Spadonem quoque posse posthumum heredem scribere, et Labeo et Cassius scribunt; quoniam nec ætas nec sterilitas ei rei impedimento est ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

« Sed si castratus sit, Julianus, Proculi opinionem secutus, non putat posthumum heredem posse instituere (1). Quo jure utimur ». *d. l* 6. §. 1.

« Hermaphroditus plane, si in eo virilia prævalebunt, posthumum heredem instituere poterit ». *d. l.* 6. §. 2.

§. II. *Qui posthumi* sui *possint heredes scribi ubi: de* Aquilianis.

XXVI. Potest posthumus institui indeterminatus: quod tutius est. Nam « si quis ex certa uxore natum scribit heredem, in periculum rumpendi testamentum deducit, ex alia susceptis liberis ». *l.* 28. §. 2. Tryphon. *lib.* 20. disput.

XXVII. Potest etiam institui posthumus determinatus, id est, qui ex tali muliere nasciturus est.

Et quidem quis « posthumum ex qualibet vidua (2) natum sibi filium, heredem instituere potest ». *l.* 27. Paul. *lib.* 3. *ad Neratium.*

Sed etiam ex ea quam, quum testaretur, non potuisset ducere, si ejus nuptias honeste sperare potuit.

Hinc « si quis eo tempore, quo nondum ejus uxor esse posset, testator natum ex ea scripsit heredem, an postea contracto licito matrimonio natus, heres ex testamento esse possit, quæritur? Veluti si scribas hodie heredem qui tibi ex Titia natus; quando Titia ancilla, vel minor annis viginti-quinque, ea cujus pater tuus tu-

(1) Hoc valde attinet quærere. Nam si posthumus fingatur solus institutus, interesset an quis, quum posset, posthumum heredem instituerit, quamvis ex eventu nullus natus sit posthumus; an prorsus non potuerit posthumum heredem instituere. Primo casu tale testamentum non statim infirmatur, sed tunc demum quum defecerit spes posthumi qui sperabatur. Unde fit ut per tale testamentum rumpatur superius quod factum esset: ut videb. *tit.* seq. Posteriore vero casu, is qui posthumum sperare non potest, nec consequenter instituere, si posthumum instituit, nihil agit: et tale testamentum nullas ab initio vires habet, quasi nullam heredis institutionem continens; adeoque non rumpit prius testamentum.

(2) Id est, innupta: turpe enim foret nuptias sperare ejus, quæ alteri nupta esset.

thume, et a ensuite fait divorce et épousé une autre femme, il est censé avoir institué l'enfant qui naîtrait après la mort de sa seconde femme ».

XXV. « Mais on a demandé si celui qui ne pouvait pas avoir d'enfans, pouvait aussi instituer un posthume. Cassius et Javolenus ont décidé qu'il le pouvait, puisqu'il pouvait épouser une femme et faire une adoption. Labéon et Cassius disent aussi, qu'un eunuque peut également instituer un héritier, parce que ni l'âge, ni l'impuissance d'avoir des enfans, n'y apportent aucun obstacle ».

« Mais Julien, qui a adopté l'opinion de Proculus à cet égard, ne pense pas que celui qui n'est pas né eunuque, puisse instituer un posthume (1); et c'est le droit que nous suivons ».

« Il est certain que l'hermaphrodite, en qui le sexe masculin prédomine, peut instituer un posthume héritier.

§. II. *Quels posthumes peuvent être institués héritiers siens, et des posthumes Aquiliens.*

XXVI. On peut instituer un posthume sans le déterminer, et c'est le plus sûr; car, « si quelqu'un institue héritier le posthume né de certaine femme, il court risque d'annuller son testament en ayant des enfans d'une autre femme ».

XXVII. On peut aussi instituer un posthume déterminé, c'est-à dire, qui naîtra de telle femme.

Et même, « quelqu'un peut instituer héritier le fils qui lui naîtra de telle veuve quelconque (2) ».

Mais il peut aussi instituer celui qui naîtra d'une femme qu'il n'aurait pas encore pu épouser à l'époque de son testament, mais qu'il pouvait espérer de pouvoir épouser un jour.

C'est pourquoi, « si quelqu'un a institué héritier le fils qui naîtrait d'une femme qu'il ne pouvait pas épouser, mais qu'il a ensuite légitimement épousée, on demande si son fils peut être héritier en vertu de son testament. Comme si, par exemple, vous instituez aujourd'hui votre héritier, l'enfant qui naîtra de Titia,

(1) Ce qui en effet est important de savoir; car si on suppose un posthume seul institué, il faut savoir si celui qui l'a institué le pouvait, quoique par événement il n'en soit pas né, ou s'il ne le pouvait dans aucun cas. Dans le premier cas le testament n'est pas nul par le fait, mais seulement quand le posthume ne peut plus naître. C'est pourquoi un pareil testament annulle un testament antérieur. Voyez le titre suivant. Mais dans le deuxième cas celui qui ne peut pas espérer la naissance du posthume, et par conséquent en instituer, fait une institution nulle en en instituant un; et son testament est également nul dès l'origine comme contenant cette institution nulle; d'où suit qu'il n'annulle pas le testament antérieur.

(2) C'est-à-dire, non mariée, parce qu'il serait honteux d'espérer épouser une femme mariée.

telam administravit, aut tutor ipse fuisti : postea Titia uxor justa tibi fuerit, vel libertatem adepta, aut tempore annorum viginti-quinque et utilis anni, et rationum allegatione (1); an natus heres esse possit? Nemo certe dubitabit ex Titia, quæ tunc propter tenorem ætatis uxor duci non potuit, quando testamentum fiebat, natum postea ea uxore ducta, heredem esse posse. Et generaliter, nato post testamentum herede scripto, aditus est ad hereditatem ; in qualicumque statu testamenti faciendi tempore fuit, quæ postea testatori civiliter nupta est ». *l.* 28. §. 3. Tryph. *lib.* 20. disp.

Imo : « Sed, si per adoptionem sororem factam habeam, potero posthumum ex ea heredem instituere : quia, adoptione soluta, possum eam (postea) ducere uxorem ». *l.* 9. §. 4. Paul. *lib.* 1. *ad Sab.*

XXVIII. Dubium fuit an is posthumus posset institui, quem, si tempore testamenti natus esset, aliquis in familia tunc præcessisset. Et ex Galli-Aquilii (2) sententia, etiam ejus posthumi recepta est institutio.

Enimvero « Gallus sic posse institui posthumos nepotes induxit (3) : *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto* ». *l.* 29. Scævola, *lib.* 6. quæst.

XXIX. Hæc Galli sententiæ duas ex interpretatione prudentum ampliationes recepit.

Prima est, ut, quum de nepotibus locutus fuerit, ejus sententia ad pronepotum et deinceps institutiones porrigatur; quia scilicet « idem credendum est Gallum existimasse et de pronepote, ut dicat testator, *si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos*, etc. ». *d. l.* 29. §. 2.

« Sed etsi vivo filio, jam mortuo pronepote (4) cujus uxor prægnans esset, testamentum faceret, potest dicere : *Si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos*, etc. ». *d. l.* 29. §. 3.

« Num si et filius et nepos vivant, concipere utrisque mortuis, *vivo* se, *tunc qui pronepos nasceretur*, poterit? Quod similiter

(1) Tutor potest ducere pupillam, postquam tutelæ rationem reddidit, et lapsus est annus utilis, ex quo illa major viginti-quinque annis facta est, intra quem demum jure Pandectarum potuit restitui.

(2) De quo in præfatione, *part.* 2. *n.* 10.

(3) Ex lex XII Tabularum, id est, ea non refragante.

(4) Haloander rectius legit *nepote*.

et que Titia soit votre esclave, mineure de vingt cinq ans, ou la fille de celui dont votre père a administré la tutelle, ou dont vous avez été vous-même le tuteur; mais que Titia soit devenue votre légitime épouse, qu'elle soit devenue libre, qu'elle ait atteint sa vingt-cinquième année depuis plus d'un an, et qu'elle ait reçu son compte de tutelle (1), son fils pourra-t-il être votre héritier? Personne ne peut douter que, bien qu'elle ne puisse pas être votre femme au tems de votre testament, à raison de son âge, son fils n'en sera pas moins votre héritier s'il est né depuis que les causes qui en empêchaient ont cessé. En général, l'enfant né après le testament est habile à en profiter, quelles que fussent les raisons qui en empêchaient au tems du testament, lorsque sa mère a été depuis épousée légitimement ».

Et même, « je pourrais instituer héritier l'enfant qui viendrait à naître d'une femme qui serait devenue ma sœur par adoption, parce que l'adoption ayant cessé je pourrais l'épouser ».

XXVIII. On a douté qu'on pût instituer héritier le posthume qui précédait dans la famille un enfant déjà né à l'époque du testament; mais cette institution a été admise d'après l'opinion d'Aquilius Gallus (2).

En effet, « Gallus a pensé qu'on pouvait instituer héritiers les petits-fils posthumes (3), d'après la loi qui me permet cette disposition si mon fils meurt de mon vivant, et qu'il naisse de sa veuve dans les dix mois d'après sa mort, un fils ou une fille, je veux qu'ils soient mes héritiers ».

XXIX. Cette opinion de Gallus a reçu une extention dans deux cas, par l'interprétation des prudens.

Le premier de ces cas, est celui où le testateur a parlé de ces petits-fils, cas auquel l'opinion de Gallus s'étend aux arrières-petits-fils et à leurs descendans, par la raison « qu'il faut penser que Gallus a voulu l'appliquer aussi à tous les descendans, comme si la loi eût dit : Si mon petit-fils meurt avant moi, que son fils, etc., etc. ».

« Et même, si le petit-fils (4) dont la femme était enceinte, était mort avant son père, celui ci pourrait dire dans son testament, si mon fils meurt avant moi, que mon arrière-petit-fils, etc. ».

« Car si le fils et le petit-fils sont vivans, il pourrait dire : S'il arrive qu'ils meurent avant moi, et qu'il naisse d'eux un arrière-

(1) Un tuteur peut épouser sa pupille après lui avoir rendu ses comptes, et dans l'année d'après sa majorité, pendant laquelle année le droit des Pandectes accordait la restitution en entier.

(2) Dont il est parlé dans notre préface, *part.* 2, *n.* 10.

(3) D'après la loi des douze Tables, c'est-à-dire, cette loi ne le défendant pas.

(4) Haloandre lit avec raison *nepote*.

admittendum est. Ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur (1) ». *d. l.* 29. §. 4.

« Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo (2) concipiatur, isque (3) mortuo (4) patre, deinde avo (5) nascatur, an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus (6) esset? Quod minime est expavescendum : hic (7) enim suus heres (8) nascitur, et post mortem nascitur ». *l.* 27. §. 8.

« Ergo et si nepos (9) omittetur, qui natus erit ex nepote postea vivo filio (10), atque si ex eo natus esset adoptatur (11) ». *d. l.* 29. §. 9.

XXX. Secundam ampliationem recipit Galli sententia. Nimirum, quamvis in casum mortis filii nepotem instituere docuerit, tamen « quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit (12) ». *d. l.* 29. §. 1.

Et generaliter dicendum est, in quemcumque casum quo suus heres nasci potest, institui eum posse.

Unde Scævola : « Et quid si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim si aquæ et ignis interdictione peteretur? quid

(1) Scilicet ne, si filius prior decederet, nepos, qui in defuncti locum succederet, suusque heres fieret, rumperet testamentum, quum ipse præteritus inveniretur.

(2) *Ex eo* nepote scilicet, *concipiatur* pronepos.

(3) Pronepos.

(4) Ita legit Cujacius. Vulgo legitur *vivo*; sed male, ut ex contextu liquet.

(5) Supple : deinde testatore proavo.

(6) Nepos post testamentum vivo filio testatoris natus, institui non potest, quum suus heres natus non fuerit; adeoque pro præterito habetur : hæc erat ratio dubitandi. Ratio autem decidendi hæc est : quum nepos, suus heres nunquam fuerit, ejus prætetitio non rumpit testamentum, adeoque non obest institutioni pronepotis.

(7) Pronepos.

(8) Utpote patre et avo ejus ante testatorem mortuis.

(9) Ita emendat Cujacius. Vulgo *pronepos admittetur*.

(10) Id est, si filius vixerit post nepotem.

(11) Sensus hujus paragraphi est : etsi nepos omnino institutus non fuerit, et ante filium decesserit, deinde filius, deinde testator, valebit institutio posthumi pronepotis, quemadmodum valeret si ipse non ex nepote, sed ex ipso filio natus esset.

(12) Id est, in quemcumque casum quem verba institutionis complectantur.

petit-fils, etc.; ce qu'il faut également admettre dans le cas où le petit-fils mourrait avant le fils, afin que le testament ne soit pas annullé par défaut de succession (1) ».

« Mais serait-il possible qu'on pût dire, dans ces cas, que le petit-fils étant né après le testament, du vivant de son père, et sa femme étant ensuite devenue enceinte (2), l'enfant qui naîtra (3) après la mort de son père (4) et celle de son grand-père (5), ne puisse être institué héritier, quoique son père n'ait pas été institué héritier régulièrement (6). C'est ce qu'il ne faut pas craindre, puisque ce petit-fils (7) est né héritier sien (8), et après la mort de son père ».

« Si donc le petit-fils (9) a été omis dans le testament, celui qui naîtra de lui du vivant du fils (10), est considéré comme né de lui (11) ».

XXX. Le second cas où l'opinion de Gallus reçoit extention, est celui où, quoique le testateur ait institué son petit-fils si son fils venait à mourir; cependant, « quelques jurisconsultes pensent que, bien qu'il n'ait pas expressément parlé de la mort de son fils, et qu'il l'ait institué purement et simplement, son testament doit valoir comme s'il n'eût pas fait cette omission (12) ».

Et il faut dire, en général, que dans tous les cas où il peut naître un héritier sien, il peut être institué.

C'est pourquoi Scævola dit: « Mais que faudrait-il dire si le testateur n'eût prévu que le cas de mort de son fils? Que faudrait-il

(1) Afin que le fils mourant le premier, le petit-fils qui lui succéderait et deviendrait héritier sien, n'annulle pas le testament dans le cas où il aurait été omis.

(2) C'est-à-dire, d'un arrière-petit-fils par ce petit-fils.

(3) L'arrière-petit-fils.

(4) Ainsi lit Cujas; on lit mal-à-propos *vivo*, comme le prouve le sens du contexte.

(5) Ajoutez du grand-père.

(6) Le petit-fils né du fils après le testament, ne peut pas être institué comme n'étant pas né héritier sien et étant censé omis. C'était la raison de douter, mais la raison de décider est que le petit-fils n'ayant jamais été héritier sien, son omission n'annulle pas le testament, et par conséquent ne nuit pas à l'institution de l'arrière-petit-fils.

(7) L'arrière-petit-fils.

(8) Le père et l'aïeul étant morts avant le testateur.

(9) Correction de Cujas. On lit ordinairement *pronepos admittetur*.

(10) C'est-à-dire, si le fils survit au petit-fils.

(11) Le sens de ce paragraphe est; quoique le petit-fils n'ait pas été institué, et qu'il soit mort avant le fils, l'institution de l'arrière-petit-fils posthume vaudra comme s'il était né du fils lui-même et non du petit-fils.

(12) C'est-à-dire, dans tous les cas compris dans les termes de l'institution.

si nepos, ex quo pronepos institueretur (ut ostendimus) emancipatus esset (1)? Hi enim casus et omnes ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleiam (2). Sed ex sententia legis Velleiæ et hæc omnia admittenda sunt (3), ut, ad similitudinem mortis, cæteri casus admittendi sint ». *d. l.* 29. §. 5.

« Quid si, qui filium apud hostes habeat, testaretur? Quare non induxere, ut, si antequam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis (4) post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet? Nam hic casus ad legem Velleiam (5) non pertinet. Melius ergo est ut in ejusmodi utilitate, præsertim post legem Velleiam, quæ et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur: ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus; atque etiam si generaliter *quidquid* sibi liberorum natum erit post mortem, aut quicumque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur ». *d. l.* 29. §. 6.

« In omnibus his speciebus (6) illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus. Nam frustra exheredabitur post mortem (7) suam. Quod non esse necessario (8) in eo filio qui apud hostes est, si ibi decedat; et in

(1) Uxore prægnante: alioquin pronepos qui ex eo nasceretur, non esset suus posthumus.

(2) Argumentum ducit ab exemplo legis Velleiæ, quæ de his duntaxat, qui vivo testatore sui heredes nascuntur, statuit, et sunt quasi-posthumi: de qua infra, *art.* 2.

(3) Scilicet ut quemadmodum lex Velleia quasi posthumos nepotes, qui vivo testatore nascuntur, in quemcumque casum pater eorum de potestate exiret, instituere permittit, ita et jure civili nepos ille (posthumus Aquilianus et proprie dictus) qui post mortem testatoris nascitur, institui posse similiter intelligatur in quemcumque casum pater ejus ex potestate exiret.

(4) Pluralem numerum hic pro singulari inconsiderate usurpatum animadvertit Cujacius post Bartholum; et sensum esse: *adhuc illo filio vivo.*

(5) Aliud exemplum ducit a lege Velleia.

(6) Excepta (ut statim dicetur) ea specie, in qua filius tempore testamenti esset captivus et in captivitate decessisset.

(7) Quando nepos ex asse instituitur *si vivo testatore filius moriatur*, et filius exheredatur, quum per mortem filii conditio institutionis nepotis demum existat, exheredatio filii non poterit committi, nisi post mortem suam. Talem autem exheredationem non valere vidimus supra *n.* 12. Ergo hoc casu, quum filius nec sit utiliter exheredatus, nec ex ulla parte institutus, ejus præteritio non sinet valere testamentum.

(8) Cujacius legit, *quod non est necesse.*

dire s'il avait été proscrit? Que faudrait-il dire si le petit-fils, après lequel l'arrière-petit-fils aurait été institué, comme on vient de le dire, avait été émancipé (1)? Car ces cas et tous autres, dans lesquels un héritier sien est né après la mort de son grand-père, ne sont pas compris dans la loi Velleia (2), mais sont censés être compris dans son esprit (3), de manière que tous ces cas sont assimilés à celui de la mort ».

« Que faut-il dire de celui qui a testé lorsque son fils était au pouvoir des ennemis? Pourquoi les prudens n'ont-ils point décidé aussi que dans le cas où le fils ne serait pas revenu, quoi qu'il fût mort après son père, le petit-fils né après leur mort, ou même de son vivant (4), mais après celle du grand-père, annullerait son testament, puisque ce cas n'est pas non plus compris dans la loi *Velleia* (5). Le mieux est donc d'interpréter cette loi, qui a étendu les cas où le testament vaudrait en faveur de l'utilité publique, jusqu'à faire dire, qu'en général, l'institution est censée régulière, toutes les fois qu'il est né un héritier sien après la mort du testateur, et qu'il l'annullerait par son omission; comme s'il avait dit qu'il voulait instituer tout ce qui était né ou devait naître héritier sien après sa mort ».

« Dans toutes ces espèces (6), il faut observer qu'il n'y a que le fils qui est sous la puissance de son père, qui puisse être institué son héritier pour quelques parties, parce qu'il le déshériterait inutilement après sa mort (7), ce qui n'est pas nécessaire (8), par

(1) Sa femme étant enceinte; autrement l'arrière-petit-fils né de lui ne serait pas son posthume.

(2) Il argumente de la loi Velleia qui ne parle que des posthumes nés héritiers siens du vivant du testateur, et qui sont des quasi-posthumes. Voy. ci après, *art.* 2.

(3) C'est-à-dire, que comme la loi Velleia permet d'instituer les petits-fils quasi-posthumes nés du vivant du testateur, dans tous les cas où leur père est sorti de la puissance du sien, de même le posthume aquilien, et proprement dit, qui naît après la mort du testateur, est aussi censé, en droit civil, pouvoir être institué, de quelque manière que son père ait cessé d'être sous la puissance paternelle.

(4) Cujas remarque après Barthole que le pluriel a été mal-à-propos employé au lieu du singulier, et que le sens est : *le fils existant encore.*

(5) Autre exemple qu'il tire de la loi Velleia.

(6) Excepté, comme on va le dire, l'espèce dans laquelle le fils aurait été captif à l'époque du testament, et serait mort en cet état.

(7) Lorsque le petit-fils est institué unique héritier, si le fils meurt du vivant du testateur, et que ce fils est déshérité, parce que la condition de l'institution du petit-fils ne pouvant être remplie que par la mort du fils, celui-ci ne peut encourir l'exhérédation que par sa mort; mais nous avons vu ci-dessus, *n.* 2, qu'une pareille exhérédation était nulle. Dans ce cas, donc, le fils n'étant ni déshérité ni institué, son omission doit annuller le testament.

(8) Cujas lit *quod non est necesse.*

nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigimus (1), quia possunt præteriri (2) ». ». *d. l.* 19. §. 10.

§. III. *Quando posthumus videri debeat institutus nec ne?*

XXXI. Quum quis instituit eum qui *vivo se* nasceretur, non videbatur jure Pandectarum institutus posthumus, qui post mortem testatoris natus est, nec vice versa: ut videb. art. seq.

Item in specie sequenti dubium fuit an posthumi instituti videri deberent. Hanc ita refert Julianus: « Si ita scriptum sit, « *si* » *filius mihi natus* fuerit, ex besse heres esto: ex reliqua parte » uxor mea heres esto; si vero filia mihi nata fuerit, ex triente » heres esto; ex reliqua parte *uxor heres esto* »; et filius et filia nati essent: dicendum est assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Ita enim, secundum voluntatem testantis, filius altero tanto amplius habebit quam uxor; item uxor altero tanto amplius quam filia. Licet enim subtili juris (3) regulæ conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen, quum (ex) utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere; ideo ad hujusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est. Quod etiam Juventio-Celso apertissime placuit ». *l.* 13. Jul. *lib.* 29. dig.

§. IV. *Quatenus necessaria sit institutio vel exheredatio posthumi sui?*

XXXII. « Posthumi liberi cujuscumque (4) sexus omissi, quod valuit testamentum, agnatione rumpitur ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 18.

(1) Id est, ut valeat testamentum, in quo liberi ex filio apud hostes mortuo instituti sunt, nunquam exigemus institutum fuisse et ipsum captivum apud hostes mortuum, cujus liberi instituti sunt.

(2) Supra *n.* 2. Quum enim apud hostes mortuus filius supponatur, item quum nepos proneposve, vivo filio qui eos præcedebat, mortui sint, nunquam ex quo testamentum factum est, fuerunt sui heredes.

(3) Enimvero, quum testator non videatur cogitasse de casu quo gemini posthumi sibi nascerentur, sed tantum de casu quo, aut unus masculus, aut una fœmina nasceretur, posset fortasse ex subtiliori disputandi ratione dici, geminos, qui nati sunt, non esse ambos institutos, adeoque ea præteritione ruptum esse testamentum. Verum neglecta hac subtilitate ambo videntur instituti, quamvis testator non præviderit casum quo gemini nascerentur: et eamdem proportionem in dividenda hereditate inter matrem et singulos eorum esse servandam placuit, quam servari voluit testator in casu præviso, quo aut unicus filius, aut unica filia nasceretur.

(4) Hac in re plus tribuitur posthumis quam jam natis. Jure enim Pandectarum, ex his, qui tempore testamenti nati sunt, solus filius testamentum valere non sinit: ut vid. supra *n.* 3.

rapport au fils qui est au pouvoir des ennemis s'il meurt avant de revenir, non plus que par rapport au petit-fils et arrière-petit-fils, dont les enfans ont été institués, et qu'il est inutile d'instituer (1), puisqu'ils peuvent être omis (2) ».

§. III. *Quand un posthume est censé être ou n'être pas institué.*

XXXI. Par le droit des Pandectes, lorsqu'un testateur avait institué héritier l'enfant qui devait lui naître de son vivant, celui qui lui naissait après sa mort n'était pas censé institué héritier, comme on le verra dans l'article suivant.

On a aussi révoqué en doute que les posthumes fussent censés institués dans l'espèce suivante, que Julien rapporte en ces termes : « Si un testateur a dit : Le fils qui me naîtra sera mon héritier » pour moitié, et ma femme pour l'autre moitié ; mais si c'est une » fille, elle ne sera mon héritière que pour un tiers et ma femme » pour les deux autres tiers ». Dans le cas où il serait né un fils et une fille, il faudrait dire que la succession devrait être divisée en sept portions, dont le fils en aurait quatre, la femme deux, et la fille une ; parce qu'alors le fils aurait, suivant la volonté de son père, moitié plus que sa mère, et celle-ci moitié plus que sa fille ; en effet, quoique suivant la règle du droit (3), il aurait fallu regarder le testament comme nul ; mais comme le testateur a nécessairement voulu que sa femme ait quelque chose, dans le cas même où elle aurait mis au monde deux enfans au lieu d'un, l'humanité a dû faire recourir au partage ci-dessus, qui a été approuvé par Juventius Celsus ».

§. IV. *Jusqu'à quel point il est nécessaire d'instituer ou de déshériter le posthume héritier sien.*

XXXII. « L'omission d'un enfant posthume de l'un ou l'autre sexe (4), annulle le testament d'ailleurs valide ».

---

(1) C'est-à-dire, pour que le testament où les enfans du fils mort en captivité ont été institués ne soit pas annullé, il n'est pas nécessaire que le captif mort chez les ennemis ait été institué lui-même.

(2) Voyez ci-dessus *n.* 2. Le fils étant supposé mort chez les ennemis, et le petit-fils comme l'arrière-petit-fils, morts du vivant du fils qui les précédait, ils n'ont jamais été héritiers siens depuis l'époque du testament.

(3) En effet, le testateur n'étant pas censé avoir prévu le cas où il lui naîtrait deux posthumes jumeaux, mais seulement celui où il lui naîtrait un fils ou une fille, on pourrait peut-être dire subtilement que les deux jumeaux qui lui sont nés n'ont point été institués, et par conséquent que le testament doit être cassé à défaut d'institution d'héritier ; mais sans égard pour cette subtilité, ces deux jumeaux sont censés avoir été institués quoique le testateur n'eût pas prévu la naissance de deux jumeaux ; et il a été décidé qu'ils auraient dans la succession une part égale à celle de leur mère, comme s'il n'était né qu'un fils ou une fille.

(4) Le sort des posthumes est dans ce cas plus avantageux que celui des enfans déjà nés, puisque par le droit des Pandectes il n'y aurait de tous les enfans nés à l'époque du testament, que le fils qui l'empêcherait de valoir. Voyez ci-dessus, *n.* 3.

Consonat quod rescribit Antoninus : « Si post testamentum factum, quo posthumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filium filiamve suscepit, intestato vita functus est : quum agnatione posthumi vel posthumæ, cujus non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi, neque peti posse, explorati juris est». *l.* 1. *cod.* 6. 29. *posth. de hered.*

Cæterum, ita demum nativitas posthumi testamentum rumpit, si perfecta sit. Unde Diocletianus et Maximianus rescribunt : « Uxoris abortu testamentum mariti non solvi : posthumo vero præterito, quamvis natus (1) illico decesserit, non restitui ruptum, juris evidentissimi (2) est ». *l.* 2. *cod. d. t.*

Quando autem perfecte natus quis intelligitur? Quum vivus his mensibus natus est, quibus perfectum partum nasci vidimus supra, *lib.* 1. *tit.* 5. *de statu homin.*

Cæterum nil refert quomodo natus fuerit. Unde « quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, *natum* accipe, etsi exsecto ventre editus sit. Nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate ». *l.* 12. Ulp. *lib.* 9. *ad Sab.*

« Quid tamen si non integrum animal (3) editum sit, cum spiritu tamen? an adhuc testamentum rumpat? Et hoc etiam rumpit ». *d. l.* 12. §. 1.

Hoc jus confirmavit Justinianus, constituitque ut, quamvis posthumus in manibus obstetricis nec vocem emiserit, modo ad nullum declinaret monstrum aut prodigium, rumpat testamentum. *l.* 3. *cod.* 6. 29. *de posth. hered. instit.*

XXXIII. Ut nativitas posthumi rumpat testamentum in quo præteritus est, non sufficit perfecte eum nasci. Oportet ut suus heres nascatur : talis autem non est si, quum nascitur, aliquis, quamvis exheredatus, ipsum in familia præcedat.

---

(1) Modo nativitas perfecta fuerit.

(2) Nam qui mortuo patre natus est, nascendo rupit testamentum patris, et statim ei extitit ipso jure suus heres; et eam hereditatem patris ad heredes suos transmisit, qui obstant quominus heredes in eo testamento scripti possint habere cum effectu bonorum possessionem *secundum tabulas*. Quod si ille posthumus, qui nascendo rupit testamentum, abstineret se hereditate, sustineretur jure prætorio testamentum, haberentque scripti heredes bonorum possessionem *secundum tabulas* cum effectu : quemadmodum obtinet in eo casu, quo filius, cujus præteritione nullum est testamentum, se abstinet; ut definitur in *l.* 17. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt. irrit. testam.*

(3) Puta, cui desit manus vel pes.

A quoi est conforme le rescrit d'Antonin, où il dit : « Si le testateur n'a fait aucune mention de ses posthumes, et qu'il lui soit né un fils ou une fille, il sera censé mort *intestat*, puisqu'un posthume de l'un ou de l'autre sexe, dont il n'a point été fait mention, annulle le testament; et qu'il est constant en droit qu'on ne peut rien demander, ni rien devoir en vertu d'un testament annullé ».

Mais la naissance d'un posthume n'annulle le testament qu'autant qu'elle est complète. C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent, dans leur rescrit, que « le testament du mari n'est pas annullé par une fausse couche de sa femme; mais qu'il est constant qu'un testament, nul pas l'omission des posthumes, ne cesse pas de l'être lorsqu'il est né (1) un posthume, qui est mort aussitôt qu'il était né (2) ».

Mais quand est-il né un posthume vivant? C'est quand il a vécu le nombre de mois requis pour une naissance complète, comme on l'a vu ci-dessus, *liv.* 1. *tit.* 5. *de l'état des personnes.*

Et il est indifférent de quelle manière il soit né. C'est pourquoi « quand on dit que la naissance d'un fils annulle le testament de son père, cela s'entend même d'un fils extrait du sein de sa mère par l'opération césarienne; car cet enfant rompt aussi le testament de son père, pourvu qu'il soit né sous sa puissance ».

« Que faut-il dire de celui qui n'est pas né entier (3) mais qui est cependant né vivant? Annulle-t-il encore le testament? Il est décidé qu'il l'annulle réellement ».

Justinien a confirmé ce droit par la *l.* 3. *cod. de l'institution du posthume*, en décidant que quoiqu'un posthume n'eût poussé aucun cri dans les mains de la sage-femme, il annullerait le testament de son père, pourvu qu'il ne fût pas un monstre, et qu'il conservât la forme humaine.

XXXIII. Pour que la naissance d'un posthume annulle le testament où il a été omis, il ne suffit pas qu'elle ait été parfaite : il faut qu'il soit né héritier sien; or il n'est pas né tel lorsqu'à sa naissance il était précédé dans la famille par un autre enfant même déshérité.

---

(1) Pourvu que sa naissance fût complète.

(2) Car celui qui est né après la mort de son père casse en naissant son testament, et devient héritier sien de plein droit; d'où suit qu'il transmet sa succesion à ses propres héritiers, lesquels empêchent ceux qui avaient été institués par le testament d'obtenir la possession des biens en vertu de ce même testament; mais si ce posthume qui, en naissant, aurait cassé le testament de son père, renonçait à sa succession, le testament serait maintenu par le droit prétorien, et les héritiers institués auraient la possession des biens, comme dans le cas où le fils dont l'omission aurait annullé le testament de son père, renoncerait à sa succession, ainsi qu'on le voit dans la *l.* 17. *ff. du testam. irrégul. cassé et nul.*

(3) Par exemple, celui à qui il manquerait une main ou un pied.

Hocet Ulpianus. Ita ille : « Si quis, filio exheredato, nuru prægnante relicta, decesserit, et extraneum sub conditione instituerit, et pendente conditione post mortem patris, vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus ; an rumpat testamentum? Et dicemus testamentum non rumpi; quum nec exheredari hujus modi nepos deberet ab avo, quem pater præcedebat. Plane, si forte institutu omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato non dubitatur. Utrumque propriis rationibus. Nam adgnascendo quidem is rumpit, quem nemo præcedebat mortis tempore : ab intestato vero is succedit, cui ante eum alii non est delata hereditas ; non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, quum deliberante instituto decesserit. Sed hæc ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit : cæterum, si postea conceptus fuerit, Marcellus scribit; neque ut suum, neque ut nepotem aut cognatum (1) ad hereditatem vel ad bonorum possessionem posse admitti ». *l.* 6. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 10. *ad. Sab.*

« Sed si pater ejus, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat : nepos iste, patre in eadem causa decedente, post mortem avi succedendo (2), testamentum rumpet : quia supra scripta persona ei non obstat. Nec enim creditur in rebus humanis fuisse, quum in ea causa decedit; quanquam captivus reversus, patris sui injustum faceret testamentum, in eo præteritus ». *d. l.* 6. §. 1.

Obiter nota : « Sive autem in civitate nepos fuit conceptus, sive apud hostes, quoniam datur et partui postliminium (3), succedendo testamentum rumpit ». *d. l.* 6. §. 2.

XXXIV. Hucusque de posthumorum instituendorum vel exheredandorum necessitate. « Ex his apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum : illi injustum faciunt, hi rumpunt : illi semper, hi si nascantur, nec inveniant se exheredatos ». *l.* 3. §. 3. *d. tit.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

§. V. *Quomodo institui aut exheredari debeant posthumi?*

XXXV. Posthumi, et quidem utriusque sexus, pure institui debent. Enimvero « posthuma (4) sub conditione heres instituta,

(1) Vid. infra, *lib.* 38. *tit.* 8. *unde cognati.*

(2) Id est, agnascendo, locum sui heredis subeundo. Cujacius.

(3) Quo fingitur civis natus esse.

(4) Contra supra *n.* 14. dicitur suos heredes, solo excepto filio, sub conditione institui posse. Solve : ibi de jam natis agebatur; quod ad jam natos

Ainsi l'enseigne Ulpien : « Si, dit-il, quelqu'un est mort laissant sa femme enceinte, et qu'ayant déshérité son fils, il ait institué un étranger sous condition ; que la condition ne soit pas remplie à sa mort, que l'héritier institué délibère, que le fils déshérité vienne à mourir, mais qu'il en soit né un petit-fils ; celui-ci annullera-t-il le testament? nous déciderons négativement, parce qu'un pareil petit-fils ne devait pas être déshérité par son aïeul, dans la famille duquel son père le précédait. Mais si l'héritier institué n'accepte pas la succession, on ne doute pas qu'il ne doive être héritier *ab intestat*. Cette double décision est clairement fondée en droit, car le testament est rompu par la naissance d'un enfant qui n'était pas précédé dans la famille à la mort du testateur ; mais l'enfant qui est né avant que la succession fût déférée à un autre, succède aussi *ab intestat*, et la succession est censée n'avoir point été déférée, lorsque l'héritier est mort sans l'accepter. Il en est cependant ainsi dans le cas où le petit-fils était conçu à la mort de son aïeul ; mais, s'il n'eût été conçu qu'après, Marcellus dit qu'il ne peut être appelé à la succession ni à la possession des biens, comme héritier sien, ni comme petit-fils ni comme cognat (1) ».

« Toutefois si le père de celui qui n'était pas encore né, lorsque le sien est mort, était au pouvoir des ennemis, ce petit-fils posthume, dont le père est mort en pays ennemi, annulle le testament en succédant à son aïeul (2), parce que l'héritier institué ne le précède pas, étant supposé n'avoir point existé comme étant mort en captivité, quoiqu'il eût rendu le testament de son père nul s'il y eût été omis, et eût dû revenir de sa captivité ».

Observez en passant que « le posthume annulle le testament soit qu'il ait été conçu à Rome, ou chez les ennemis, parce que le droit de retour est aussi accordé aux posthumes (3) ».

XXXIV. Jusqu'ici nous avons parlé de la nécessité d'instituer ou de déshériter les posthumes. « Il suit, de ce que nous avons dit, qu'il faut distinguer à cet égard ceux qui étaient nés à la mort de leur père de ceux qui ne l'étaient pas encore ; que les premiers rendent le testament nul, et que les autres le font casser ; que ceux-là le rendent toujours nul, et ceux-ci seulement dans le cas où ils naissent et n'ont pas été déshérités ».

§. V. *Comment les posthumes doivent être institués ou déshérités.*

XXXV. Les posthumes, même des deux sexes, doivent être institués purement et simplement. En effet, « une posthume (4),

(1) Voyez ci-après, *liv.* 36, le titre *des cognats appelés à la possession des biens.*

(2) C'est-à-dire, en prenant la place de l'héritier sien.

(3) Par lequel il est réputé être né citoyen romain.

(4) Il est dit au contraire ci-dessus, *n.* 14, que les héritiers siens, à l'exception du fils, peuvent être institués sous condition ; mais il s'agissait dans

si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum ». *l.* 24. Paul. *lib.* 9. *quæst.*

Cæterum, « quum posthumus sub conditione instituitur; si, priusquam nascatur, conditio extiterit, non rumpitur (1) testamentum posthumi agnatione ». *l.* 22. Terentius-Clemens, *lib.* 17. *ad l.* Jul. et Pap.

XXXVI. Quod ad exheredationem posthumorum attinet, intererat jure Pandectarum cujus sexus essent. Enimvero « posthumus filius nominatim exheredandus est : filia posthuma cæteræque posthumæ fœminæ, vel *nominatim*, vel *inter cæteros ;* dummodo *inter cæteros* exheredatis aliquid legeretur (2) ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 21.

« Nepotes, et pronepotes, cæterique masculi posthumi, præter filium, vel *nominatim*, vel *inter cæteros*, cum adjectione legati sunt exheredandi. Sed tutius est tamen nominatim eos exheredari, et id observatur magis ». *d. tit.* 22 §. 22.

Alibi autem idem Ulp. : « Posthumi per virilem sexum descendentes, ad similitudinem filiorum *nominatim* exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant. *l.* 3. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

Nunc, jure Justinianeo, tam posthumi quam jam nati, cujuscumque sexus aut gradus, nominatim exheredandi sunt. *l. fin. cod.* 6. 28. *de lib. præt.*

XXXVII. « Nominatim autem exheredatus posthumus videtur, sive ita dixerit, *quicumque mihi nascetur ;* sive ita, *ex Seia ;* sive ita, *venter* exheres esto. Sed et si dixerit, *posthumus exheres esto*, natus vel post mortem vel vivo testatore, non rumpet ». *l.* 3. §. 5. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

Sed et « si ita facta sit exheredatio, *si filius natus natave sit, exheres esto,* utrisque natis (3), non rumpitur testamentum ». *l.* 14. *d. tit.* Paul. *lib. sing. de adsignatione libertorum.*

---

autem attinet, solius filii præteritione jure Pandectarum inutile efficiebatur testamentum ; ergo solus filius non poterat sub conditione institui. At contra vidimus, *n.* 32, posthumos cujuscumque sexus et gradus præteritos, agnascendo rumpere testamentum : ergo cujuscumque sexus aut gradus sint, non debent sub conditione institui ; ne, pendente ea, nati, nec heredes nec exheredes inveniantur.

(1) Nam per existentiam conditionis factum est ut, quum nascetur, heres inveniatur.

(2) Ne per oblivionem credi possent exheredatæ, si nihil eis legaretur. In qua re posthumorum melior conditio, quam jam natorum quibus relinquere necesse non erat.

(3) Uterque enim recte sic exheres videtur.

instituée héritière sous condition, fait casser le testament de son père si elle vient à naître de son vivant, avant que la condition soit remplie ».

Mais « lorsqu'un posthume, institué sous condition, vient à naître après que la condition a été remplie, sa naissance ne fait pas casser le testament (1) ».

XXXVI. Par rapport à l'exhérédation des posthumes, il n'en était pas d'un sexe comme de l'autre sous le droit des Pandectes. En effet, « il fallait déshériter nommément un fils posthume et une fille ou petite-fille pouvait l'être collectivement avec d'autres ou nommément, mais pourvu que le testament portât des legs en leur faveur (2) ».

« Les petits-fils, arrière-petits-fils et autres descendans mâles, devaient être déshérités ou nommément ou collectivement avec d'autres, pourvu aussi qu'on leur laissât des legs. Le plus sûr était cependant de les déshériter nommément, et ordinairement on le pratiquait ainsi ».

Mais Ulpien dit ailleurs : « Les posthumes en ligne masculine doivent, comme les fils, être déshérités nommément, pour que leur naissance ne fasse pas casser le testament ».

Maintenant, par le droit de Justinien, les posthumes et les enfans déjà nés, n'importe de quel sexe et de quel degré, doivent être nommément déshérités.

XXXVII. « Mais un posthume est censé déshérité nommément, soit que le testateur ait dit quelque soit l'enfant qui en naîtra, soit qu'il ait dit l'enfant qui naîtra de Seia, ou qu'il ait dit les enfans à naître; mais s'il a dit je déshérite le posthume, alors soit que celui-ci soit né avant ou après la mort du testateur, il ne fera point casser son testament ».

Et même « si le testateur a dit qu'il déshéritait le fils ou la fille qui devait lui naître, et qu'il naisse un fils et une fille, le testament ne sera point cassé (3) »:

---

cette loi d'enfans déjà nés, et par rapport à eux il n'y avait que le fils dont l'omission annullait le testament suivant le droit des Pandectes; d'où suit qu'il n'y avait que le fils qui ne pût pas être institué sous condition; mais nous avons vu *n.* 32, que les posthumes de tout sexe et de tout degré cassaient le testament dans lequel ils étaient omis; conséquemment qu'ils ne pouvaient pas être institués sous condition, parce que naissant avant que la condition fût remplie, ils n'auraient été ni héritiers ni déshérités.

(1) Parce que naissant après la condition remplie, il naît héritier.

(2) Parce que si on ne leur avait rien légué elles pourraient paraître déshéritées par oubli, en quoi la condition des posthumes est plus avantageuse que celle des enfans déjà nés, à qui il n'était pas nécessaire de faire des legs.

(3) Parce que l'un et l'autre seraient censés déshérités régulièrement.

XXXVIII. Exheredatio posthumi, sicut et ejus qui jam natus est, debet fieri a toto heredum gradu cui hereditas defertur.

Quid autem si testamento plures heredum gradus sint, an ab omnibus posthumus erit exheredandus? Ponamus a toto primo gradu posthumum exheredatum, a sequentibus præteritum, quid juris obtinebit? Primus gradus a quo exheredatus est valebit, sequentes agnascendo rumpet.

Et quidem « si posthumus a primo gradu exheredatus, a secundo præteritus sit: quamvis eo tempore nascatur, quo ad heres primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum viciari placet: ad hoc ut, prætermittentibus institutis, ipse heres existat. Immo et si defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire ». *l.* 14. Afric. *lib.* 4. *quæst.*

« Nam et quum duobus heredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione, a primis exheredatus posthumus, a secundis præteritus fuerit: si alter ex institutis omiserit, quamvis posthumus excludatur (1), non tamen magis substitutum admitti (2) ». *d. l.* 14. *v. nam et quum.*

Suffragatur Ulpianus: « Denique et deliberantibus primo gradu scriptis heredibus, qui secundo gradu scripti sunt heredes, obtinere hereditatem non possunt. Gradu enim rupto et infirmato, amplius hereditas inde obtineri non potest ». *l.* 4. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 4. *disp.*

XXXIX. Quamvis autem sequentes gradus, a quibus posthumus præteritus est, rumpantur; prior tamen gradus, a quo exheredatus est, valet.

Unde Ulpianus: « Licet autem posthumus præteritus adgnascendo rumpat, tamen interdum evenit ut pars (3) testamenti rumpatur: ut puta, si proponas a primo gradu posthumum exheredatum, a secundo præteritum. Nam hic primus gradus valet, secundus ruptus est ». *l.* 3. §. 6. *ff. d. t. de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

Uno tamen casu præteritio posthumi a secundo gradu, et primum heredum gradum, a quo posthumus exheredatus est, vitiabit. V. G. « si ego et Titius instituti simus, et a nobis posthumus exheredatus sit, a substitutis nostris non sit exheredatus: Titio

(1) Quia mortuus est posthumus antequam alter ex institutis omitteret. Cujacius.

(2) Hujus enim substitutio non valet, quum ab eo posthumus non fuerit exheredatus: sed an ad coheredem institutum, an ad legitimos revertetur hereditas? Dic, ad legitimos: infra *n.* 40.

(3) *Partes* testamenti appellat, diversos institutionum gradus. Hoc sensu, *pars testamenti* rumpitur, quum V G. secundus gradus a quo posthumus præteritus est, infirmatur; quamvis primus gradus a quo exheredatus est, valeat. Cæterum, per illum primum gradum, testamentum sustinetur in solidum.

XXXVIII. L'exhérédation du posthume, comme celle du fils déjà né, doit s'étendre à tout le degré auquel la succession est dévolue.

Mais si le testament porte plusieurs degrés d'héritiers, faudra-t-il déshériter le posthume pour tous ces degrés? Que faudra-t-il dire s'il a été déshérité pour le premier degré et omis pour les suivans? Le testament vaudra pour le premier degré, mais sa naissance le fera casser pour les suivans.

Et même, « si un posthume déshérité pour le premier degré a été omis pour le second, quoiqu'il naisse dans un tems où la succession appartenait déjà aux héritiers institués pour le premier degré, il est décidé qu'il fera casser le testament pour le second, et il sera héritier au préjudice de ceux qui auraient été institués à ce degré; et quand même ceux-ci auraient renoncé à la succession depuis sa mort, leurs substitués n'y auraient plus de droit ».

« Car, lorsqu'il y a deux héritiers institués avec chacun un substitué, si le posthume a été déshérité au premier degré et omis pour le second, la succession n'étant pas acceptée par l'un des substitués, quoique le posthume ni soit point appelé (1), son substitué n'est pas admis à la réclamer (2) ».

Ainsi l'enseigne Ulpien. « Enfin, si les héritiers institués au premier degré délibèrent; ceux qui sont institués au second n'obtiennent pas la succession, parce que le testament étant cassé pour le degré où ils étaient institués, ils ne peuvent rien obtenir en vertu de ce testament ».

XXXIX. Toutefois, quoique le testament soit caduc pour les degrés suivans, par l'omission du posthume, il vaut cependant pour le précédent où il est déshérité.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Mais, quoique la naissance du posthume omis casse le testament, il arrive cependant quelquefois qu'il ne le casse qu'en partie (3), comme dans le cas où il est déshérité au premier degré et omis au second, parce que le premier degré vaut, et le second est cassé ».

Il y a cependant un cas où l'omission du posthume, au second degré, vicie le testament au premier degré quoiqu'il y soit déshérité. Par exemple, « si Titius et moi avions été institués héritiers, que le posthume ait été déshérité par rapport à nous et non

(1) Parce que le posthume est mort avant que l'autre institué eût renoncé à la succession. Cujas.

(2) Car sa substitution est nulle, le posthume n'étant pas déshérité à son degré; mais la succession appartiendra-t-elle au cohéritier institué, ou reviendra-t-elle aux héritiers légitimes? Elle reviendra à ces derniers comme on va le voir *n.* 40.

(3) Il appelle parties du testament les divers degrés d'institution. En ce sens une partie du testament est cassée, lorsque, par exemple, le second degré où le posthume était omis est annullé, quoique le premier où il était déshérité soit maintenu; mais le testament est maintenu en entier par ce premier degré.

defuncto, ne ego quidem adire potero. Jam enim propter instituti personam (1), a quo posthumus exheredatus est, in cujus locum substitutus vocatur, a quo posthumus exheredatus non est, ruptum est testamentum ». *l.* 19. *ff. d. t. de injust. rupt.* Scæv. *lib.* 6. *quæst.*

« Sed si ego et Titius invicem substituti simus, quamvis (quasi) in partem substitutionis exheredatus non sit; mortuo vel repudiante Titio, me posse adire puto, et ex asse heredem esse (2) ». *d. l.* 19. §. 1.

« In prima tamen specie, etsi vivat Titius, neque ego sine illo, neque ipse sine me adire poterit; quia incertum est (3) an adhuc altero omittente rumpatur testamentum. Itaque simul adire possumus ». *d. l.* 19. §. 2.

---

(1) Sensus est, propter instituti personam, quæ locum facit substituto, a quo posthumus præteritus est, rumpitur testamentum. Sufficit enim pro parte testamentum ruere, ut totum ruat; quum non possit pro parte consistere, nec quis partim testatus, partim intestatus decedere.

(2) Quia scilicet possum, non ex substitutione quam posthumus rupit, sed jure accrescendi, totam ex primo gradu occupare hereditatem. Ubi nota, supponendum in specie hujus legis, me ex iis personis esse, quibus antiquum jus accrescendi leges caducariæ servaverunt. Quo posito, patet ex hoc *jure adcrescendi* me assem habere, non in vim *substitutionis :* hæc siquidem rupta est, et nullius momenti; quum posthumus *in partem substitutionis exheredatus non sit*, adeoque præteritus eam valere non sinat. Neque enim dici potest, ex eo quod substitutio sit reciproca, et a nobis institutis posthumus exheredatus est, tacite quoque eum et per consequentias ab iisdem nobis substitutis pariter exheredatum videri. Minime hoc patitur ratio juris, quæ nullam aliam, nisi expresse et nominatim factam, exheredationem vult admitti. Quum ergo ex *jure adcrescendi* assem habeam, non ex substitutione, sequitur quod, licet species legis sit in casu quo ego et Titius invicem substituti sumus, idem tamen prorsus obtineret, etsi ego solus Titio substitutus fuissem, non etiam ille mihi.

His non obstat quod jus substitutionis potentius sit jure accrescendi : unde dicendum videretur (quæ forte fuerat in hac specie ratio dubitandi) partem Titii deficientis mihi prius ex substitutione deferri debuisse ; rupto autem per posthumi præteritionem gradu substitutionis, testamentum corruere debuisse, sicut in specie præcedenti. Tunc enim demum substitutio potentior est jure adcrescendi, quum partem in quam testator substituit, aut totam, aut pro parte saltem defert alteri quam ei cui adcresceret. At quum in eamdem partem substitutus sum, quæ etiam citra substitutionem mihi adcresceret, et quidem invito ex juris necessitate, hoc casu pro supervacua haberi debet substitutio. Unde recte intelligor hic ex jure ipso meæ institutionis, a qua posthumus exheredatus est, in partem deficientem succedere jure accrescendi.

(3) Hereditas ex testamento non defertur, quandiu potest rumpi. Videb. *lib. seq. tit.* 2. *de acquir. vel. omitt. hered.*

par rapport à nos substitués, Titius venant à mourir, je ne pourrai pas moi-même obtenir la succession; car le testamentest cassé par sa mort (1), le posthume ayant été déshérité à sondegré, et son substitué étant appelé à la succession, puisque le posthume n'a point été déshérité à ce degré ».

« Mais si Titius et moi avions été substitués l'un à l'autre, quoiqu'il n'ait point été déshérité pour la partie à laquelle il était substitué, s'il vient à mourir ou à renoncer à la succession, je pense que je peux l'obtenir et qu'elle m'appartient tout entière (2) ».

« Cependant dans la première espèce, quoique Titius vive, je ne pourrai pas obtenir la succession sans lui ni lui sans moi, parce qu'il est incertain (3) que la renonciation de l'un de nous casse le testament. C'est pourquoi nous pouvons l'accepter ensemble ».

---

(1) Le sens est que le testament est rompu à cause de l'institué, qui fait place au substitué pour le degré auquel le posthume avait été omis; parce que le testament est cassé en entier dès qu'il l'est en partie, puisqu'il ne peut pas subsister en partie non plus que le testateur ne peut tester en partie, ni être en partie mort *intestat*.

(2) C'est-à-dire, parce que je peux obtenir toute la succession au premier degré, non en vertu de l'institution que le posthume a annullée, mais par droit d'accroissement. Il faut observer ici qu'on supppose dans l'espèce de cette loi que je suis une des personnes à qui le droit caducaire a conservé celui d'accroissement; d'après laquelle supposition il est évident que j'ai toute la succession en vertu de ce droit d'accroissement, et non en vertu d'une substitution qui a été cassée et annullée, parce que le posthume n'avait pas été déshérité pour une partie de cette substitution, et que par conséquent il la rendait nulle par son omission. En effet, on ne peut pas dire que la substitution étant réciproque, et le posthume ayant été déshérité au degré de notre institution, il doit aussi être regardé comme déshérité pour celui de notre substitution. Cela est absurde aux yeux du droit, qui n'admet que l'exhérédation nommément et expressement faite. Ayant donc toute la succession en vertu du droit d'accroissement, et non de ma substitution, il s'ensuit que, quoique l'espèce de la loi suppose que Titius et moi avons été substitués l'un à l'autre, il doit en être absolument comme si j'eusse été seulement substitué à Titius, et que Titius ne l'eût point été à moi.

Et cela, quoique le droit de la substitution ait plus de force que le droit d'accroissement; d'où paraîtrait s'ensuivre, ce qui serait une raison de douter, que la portion de Titius mort devrait d'abord m'être déférée en vertu de la substitution, mais que le degré de cette substitution ayant été cassé par l'omission du posthume, tout le testament devrait l'être comme dans l'espèce précédente; car la substitution n'a plus de force que le droit d'accroissement, que dans le cas où la partie pour laquelle le testateur a fait la substitution, est déférée en entier ou en partie à un autre que celui qui la réclamerait en vertu du droit d'accroissement; et comme je suis substitué pour la même partie que me donnerait le droit d'accroissement sans substitution; et même malgré moi cette substitution doit être regardée comme surabondante: d'où suit que je suis censé succéder, par droit d'accroissement, à cette partie, en vertu de mon institution au degré pour lequel le posthume a été déshérité.

(3) Une succession n'est point déférée en vertu du testament, tant que ce testament peut être cassé. Voyez le titre *de la manière d'acquérir l'hérédité par l'acceptation, ou de la perdre par la renonciation.*

XL. Vidimus primum heredum gradum a quo posthumus exheredatus est, valere, quamvis sequentes gradus a quibus præteritus est, rumpantur. Contra vice versa obtinet. Rupto enim primo gradu per agnationem posthumi ab eo præteriti, sequentes, a quibus exheredatus est, rumpuntur.

Et ratio discriminis est quod, quum posthumus rumpit gradum substitutorum, cui locus non est quandiu institutis hereditas defertur, sibi locum facere non potest; adeoque non potest obstare primo gradui : at quum primum gradum, cui hereditas defertur, rumpit, sibi locum facit, adeoque obstat omnibus gradibus.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille : « Nam et si sub conditione sit heres institutus quis, a quo posthumus non est exheredatus, tamen pendente conditione rumpitur gradus, ut et Julianus scripsit. Sed et si sit ei substitutus quis, etiam deficiente conditione primi gradus, non admittetur substitutus, a quo scilicet posthumus exheredatus [non (1)] est. Puto igitur, existente quidem conditione primi gradus, posthumo potius locum fore. Post defectum autem conditionis natus posthumus gradum non rumpit, quia nullus est (2). Rumpendo autem testamentum, sibi locum facere posthumus solet, quamvis filius (3) sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. Sed si a primo gradu præteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur posthumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est. Nam tollendo primum gradum, sibi locum facit (4) ». *l.* 5. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

---

(1) Hanc negationem redundare recte Cujacius notat, et ex his quæ sequuntur perspicuum est. Id enim jurisconsultus docet in *h. l.* quod, sive deficiat, sive existat conditio primi gradus, qua pendente posthumus natus est, non fiet locus substituto, quamvis a substitutione exheredatus sit; quia rumpendo primum gradum, et sequentes rupit.

(2) Posthumus pendente primi gradus (a quo prætetitus est) conditione natus, rumpit hunc gradum, et per consequentiam sequentes : adeoque non valent, quamvis postea conditio primi gradus defecerit. At si jam hæc conditio defecerat, antequam nasceretur, jam nullus et primus gradus quem nascendo possit rumpere : adeoque valent sequentes gradus a quibus exheredatus est.

(3) Jam natus : et in hoc differt a posthumo.

(4) Hic indicatur ratio disparitatis. Filius tempore testamenti natus a primo gradu præteritus, sequentes a quibus exheredatus est valere patitur; quia scilicet, quum primus gradus ab initio non constiterit, testamentum a gradu sequenti exordium sumpsit : et quum huic primo gradui nunquam locus esse potuerit, non est unde hic filius sibi locum facere possit. At contra primus gradus a quo posthumus præteritus est, ab initio constitit et substantiam testamenti constituit : igitur illum rumpendo, testamentum rumpit sibique locum facit; unde sequentes gradus valere non possunt, quibus obstat posthumus qui sibi locum fecit.

XL. Nous avons vu que le premier degré où le posthume était déshérité, était maintenu, quoique les suivans fussent cassés parce qu'il y était omis. Le contraire a réciproquement lieu, car le premier degré étant cassé par la naissance du posthume qui y était omis, les suivans le sont également quoiqu'il y soit déshérité.

La raison de cette différence est que lorsque le posthume casse le degré des substitués qui ne peut pas avoir lieu tant que la succession est déférée à des institués, il n'y est point encore appelé, et par conséquent ne peut pas nuire au premier degré; au lieu que lorsqu'il casse le degré auquel la succession est déférée, il y est appelé, et par conséquent nuit à tous les degrés.

Ainsi l'enseigne Ulpien : « Car, dit-il, si quelqu'un a été institué héritier sous condition, et que le posthume n'ait point été déshérité, son degré est néanmoins cassé si la condition n'a pas été remplie, comme l'a dit Julien, et même si quelqu'un lui a été substitué, la condition du premier degré n'étant point remplie, ce substitué ne sera point admis, quoique le posthume ait été déshérité pour son degré (1). Je pense donc que la condition du premier degré étant remplie, le posthume sera appelé de préférence; mais que s'il est né depuis que la condition ne pouvait être remplie, il ne casse pas le degré, lequel est nul (2), mais en rompant le testament il prend sa place dans le degré, encore bien que le fils (3) n'annulle pas le degré suivant où il était déshérité. Mais, si étant omis du premier degré et déshérité du second, le posthume vient à naître après la mort d'un des institués, le testament est cassé en entier, parce qu'en détruisant le premier degré il fait place au second (4) ».

---

(1) Cujas observe avec raison que cette négation est surabondante, et ce qui suit le prouve; car le jurisconsulte enseigne dans cette loi que soit que la condition du premier degré ait ou n'ait pas été remplie, le posthume né pendant qu'elle ne l'était pas ne donne pas lieu à la substitution, quoiqu'il y soit déshérité, parce qu'en cassant l'institution de ce premier degré, il casse celles de tous les autres.

(2) Le posthume né pendant que la condition du premier degré où il était omis n'était pas remplie, casse ce premier degré, et par conséquent les suivans; d'où suit qu'ils sont nuls, quoiqu'elle ne soit pas remplie dans la suite; mais si elle avait déjà cessé de pouvoir l'être avant sa naissance, il n'y aurait plus de premier degré qu'il pût annuller, et les suivans où il est déshérité ne seraient plus nuls.

(3) Né, en quoi il diffère du posthume.

(4) La raison de la disparité est ici énoncée. Le fils déjà né au tems du testament et omis au premier degré, n'empêche pas de valoir les degrés suivans où il est déshérité, parce que le premier degré étant nul dès l'origine, le testament ne commence qu'au suivant; et que n'ayant jamais pu avoir lieu au premier degré, il n'y a pas de raison pour que ce fils soit appelé à hériter; mais au contraire le premier degré où il était omis a subsisté dès l'origine, et constitué l'essence du testament. En le cassant il casse donc le testament, et se fait place; d'où suit que les degrés suivans doivent être nuls, parce que le posthume a pris sa place.

Neque solum si gradus a quo posthumus præteritus est, omnium graduum primus sit; sed et quum ab alio gradu præceditur, gradus omnes qui hunc, a quo posthumus præteritus est, sequuntur, cum ipso infirmantur.

« Itaque et si a primo gradu exheredatus, a secundo præteritus, a tertio exheredatus sit; et viventibus primis et deliberantibus decedat : quæri solet, omittentibus primis aditionem (1), utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas? quo et ipso casu, rectius existimari putavit ad legitimos eam pertinere (2) ». *l.* 14. *v. itaque.* Afric. *lib.* 4. *quæst.*

XLI. Illud observandum superest, nihil differre posthumos inter et jam natos, quoad locum exheredationis, id est, eam testamenti partem, in qua exheredari debent.

« Unde etiam ante heredis institutionem, vel inter medias heredum institutiones, vel inter gradus exheredari possunt. Nam D. Marcus decrevit idem in posthumo quod in filio servandum : nec ratio diversitatis reddi potest ». *l.* 3. §. 2. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

ARTICULUS II.

De iis qui posthumorum loco sunt.

XLII. Posthumorum loco sunt, qui vivo testatore nati, post testamentum factum incipiunt primum in familia ejus gradum obtinere.

Illi, non secus ac posthumi proprie dicti, testamentum rumpunt, si in eo nec heredes nec exheredes scripti inveniantur.

Secus de his, qui post testamentum incipiunt in potestate testatoris esse, sed non primum in ejus familia gradum obtinent. Unde Tertullianus : « Sed si filiusfamilias miles fecisset testamentum, deinde postea, vivo eo et adhuc avo quoque superstite, nasceretur ei posthumus, non rumpitur ejus testamentum : quia, quum id quod nasceretur in potestate ejus non perveniret, non videtur suus heres adgnasci; ac ne avo quidem suo hunc nepotem posthumum (quum vivo filio nasceretur) suum heredem protinus adgnasci : et ideo nec avi testamentum rumpi, quoniam licet in potestate avi protinus esse inciperet, tamen antecederet eum filius ». *l.* 33. §. 1. *ff.* 29. 1. *de test. mil. lib. sing. de castr. pecul.*

---

(1) Ita emendat Cujacius. Vulgo male *editionem.*

(2) Posthumus enim nascendo rupit secundum gradum a quo præteritus erat, et, per consequentias secundi, tertium. Nec refert quod adhuc deliberantibus primis decesserit. Ruptus est enim nativitate posthumi secundus gradus, quamvis nondum defecisset primus.

Et ce n'est pas seulement quand le degré dans lequel le posthume est omis est le premier de tous les degrés ; mais encore quand il est précédé par un autre, que tous les degrés qui suivent celui où il est omis, sont infirmés comme celui-là.

« C'est pourquoi, s'il a été déshérité au premier degré, omis au second et déshérité au troisième, et qu'il soit mort du vivant des premiers et pendant qu'ils délibéraient, on demande si pendant qu'ils négligent d'accepter la succession (1) elle appartient à ceux du troisième degré ou aux héritiers légitimes ; et en ce cas le mieux est de dire qu'elle appartient à ces derniers (2) ».

XLI. Il nous reste à observer qu'il n'y a aucune différence entre les posthumes et les enfans déjà nés, par rapport au lieu de leur exhérédation, c'est-à-dire, à la partie du testament où ils doivent être déshérités.

« C'est pourquoi ils peuvent être déshérités avant l'institution d'héritiers, entre les héritiers institués et même entre les différens degrés d'institution ; parce que Marc-Aurèle a décrété qu'il en était à cet égard du posthume comme du fils déjà né, et qu'il n'y avait pas de raisons pour qu'ils dussent différer l'un de l'autre ».

ARTICLE II.

De ceux qui sont à la place des posthumes.

XLII. On met à la place des posthumes ceux qui étant nés du vivant du testateur, mais depuis le testament, sont au premier degré dans sa famille.

Ils cassent le testament, comme les posthumes proprement dits, lorsqu'ils n'y sont ni déshérités ni institués.

Mais il en est autrement de ceux qui passent sous la puissance du testateur après le testament, mais n'obtiennent pas le premier degré dans sa famille. C'est pourquoi Tertullien dit : « Si un fils de famille militaire avait fait un testament, et qu'il lui soit né un posthume de son vivant et de celui de son père, ce posthume ne casse pas son testament ; parce qu'il n'est pas né sous sa puissance et qu'il n'est pas son héritier sien ; d'où suit qu'il n'est pas non plus celui de son grand-père, étant né du vivant de son père ; et que par conséquent il ne casse pas non plus celui du grand-père, parce que, quoiqu'il soit né sous sa puissance, son père le précédait dans sa famille ».

(1) Correction de Cujas. On lit mal-à-propos *editionem*.

(2) Parce que la naissance du posthume a cassé le second degré où il était omis, et par conséquent le troisième ; et il est indifférent qu'il soit mort pendant que les premiers délibéraient encore, parce que le second degré a été cassé par la naissance du posthume, quoique le premier ne le fût pas encore.

§. I. *De lege Velleia, et posthumis* Julianis.

XLIII. Quemadmodum jus civile providit ne posthumi proprie dicti, tam vulgares (1) quam Aquiliani, rumperent testamentum, permittendo eos heredes institui vel exheredari; ita pariter circa eos, qui posthumorum loco sunt, providit lex Velleia: quæ quidem duas duntaxat horum quasi-posthumorum species complexa est; sed ad cæteras ejus sententia porrigitur.

Igitur « nunc de lege Velleia videamus. Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum ». *l.* 29. §. 11. Scævol. *lib.* 6. *quæst.*

« Et videtur primum caput eos spectare, qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent ».

« Et rogo: si filium habeas, et nepotem nondum natum [tantum], ex eo heredem instituas; filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos [qui (2)] eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre (3). Quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus quo nascitur? Nam et [si (4)] ita verba sunt (5): *qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit*, etc., etiamsi (vivente) parente (6) vivo nascantur ». *d. l.* 29. §. 12.

XLIV. Videtur quidem institutus qui, vivo testatore, post testamentum suus heres nascitur: sive testator instituerit expresse eum, qui vivo se nasceretur, sive instituerit inderminate quemcumque qui sibi nasceretur. Secus, si instituit expresse eum qui post mortem suam nasceretur. Idem, vice versa, dici potest de posthumo proprie dicto: ut tunc demum videatur institutus, quum aut expresse eum qui post mortem suam nasceretur, aut quum indeterminate posthumum instituit; non vero quum instituit eum qui vivo se nasceretur.

---

(1) *Vulgares* posthumos appello quos tempore testamenti nullus in famil a antecedebat: *Aquilianos* quos filius aut alius antecedebat, et qui ex sententia Galli-Aquilii institui possunt; ut vid. supra *n.* 28.

(2) Hæc vox *qui* abundat et hic male irrepsit. Cujacius.

(3) Supple *instituatur*: in cujus verbi locum male vulgo substituitur, *nascatur*: quod delevi, nixus auctoritate Cujac. Et recte. Nam si vivo patre nasceretur, non nasceretur suus heres; adeoque non pertineret ad hoc primum caput quod est (ut supra vid.) de his qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent.

(4) Legendum, *et ita*, deleta conjunctione *si*. Cujacius.

(5) Hujus primi capitis legis Velleiæ

(6) Testatore.

§. I. *De la loi Velleia et des posthumes Juliens.*

XLIII. Comme le droit civil a pourvu à ce que les posthumes proprement dits, tant vulgaires (1) qu'aquiliens, ne cassassent pas le testament, en permettant de les instituer et de les déshériter; la loi Velleia a également pourvu à ce qu'il en fût de même de ceux qui tiennent la place des posthumes, en comprenant deux espèces de ces quasi-posthumes, et en étendant son esprit à toutes les autres.

Ainsi « il faut maintenant examiner si cette loi Velleia a voulu que les posthumes, nés de notre vivant, ne cassassent pas notre testament ».

« Le premier chapitre semble concerner ceux qui sont nés héritiers siens ».

« Si vous avez un fils que vous ayez institué, qui n'était pas encore né, que votre fils meure, et que le sien naisse ensuite, mais de votre vivant, il faut dire d'après les termes de la loi qu'il ne casse pas le testament, comme si elle avait dit dans son premier chapitre qu'il en serait ainsi dans le cas où un petit-fils (2) aurait été institué après la mort de son père ou avant (3); car il n'est pas nécessaire d'examiner l'époque du testament, puisqu'il suffit de savoir celle de sa naissance, la loi ayant dit (4) expressément (5) si quelqu'un fait un testament, le fils qui lui naîtra sera son héritier sien quoiqu'il naisse du vivant du testateur (6) ».

XLIV. A la vérité celui qui naît héritier sien après le testament et du vivant du testateur, est censé institué, soit que le testateur ait expressément institué celui qui naîtrait de son vivant, ou le fils quelconque qui pourrait lui naître; mais il en est autrement s'il a expressément institué celui qui naîtrait après sa mort. On peut dire réciproquement la même chose du posthume proprement dit; de manière qu'il ne soit censé institué qu'autant que le testateur aura voulu expressément instituer celui qui naîtrait après sa mort, ou en général son posthume quelconque, et non s'il a dit celui qui naîtrait de son vivant.

---

(1) J'appelle posthumes vulgaires ceux que personne ne précédait au tems du testament; et Aquiliens, ceux qui étaient précédés par un autre fils ou petit-fils, qui pouvaient être institués d'après l'opinion de Gallus-Aquilius, comme on l'a vu *n.* 28.

(2) Ce mot *qui* est redondant, et s'est glissé ici mal-à-propos. Cujas.

(3) Ajoutez *instituatur*, à la place duquel on lit mal-à-propos *nascatur*, que j'ai effacé d'après l'autorité de Cujas, et avec raison; car s'il naissait du vivant de son père, il ne naîtrait pas héritier sien; et par conséquent ne serait pas compris dans ce premier chapitre, qui ne comprend, comme on l'a vu, que ceux qui en naissant doivent être héritiers siens.

(4) Il faut lire et *ita*, en effaçant la conjonction *si*. Cujas.

(5) De ce premier chef de la loi Velleia.

(6) Du testateur.

Hoc docet Pomponius. Ita ille : « Commodissime is qui nondum natus est, ita heres instituitur : *Sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, heres esto* : aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione. Si alteruter casus omissus (1) fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum; quia hic filius (2) nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus ». *l.* 10. Pomp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Justinianus autem constituit ut, posthumo in unum casum instituto, et in alterum casum institutus intelligeretur. *l. fin. cod.* 6. 29. *de posth. hered.*

XLV. Vidimus quomodo ex lege Velleia institui possint qui post testamentum, vivo testatore, nascerentur sui heredes.

Qui si heredes scripti non fuerint ? « Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Velleiam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredari ». *l.* 3. §. 1. *v. sed et hi. ff.* 28. 3. *de inj. rupt.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

Si autem talis posthumus exheredatus quidem non sit, nec heres scriptus primo gradu, sed sit substitutus ; si quidem post mortem instituti, cui substitutus est, nascatur, testamentum non rumpet, et erit ex substitutione heres. Hoc docet Julianus. Ita ille : « Si pater filium impuberem heredem scripserit, et ei substituerit, si quis sibi post mortem (3) natus erit, deinde vivo patre posthumus natus fuerit; testamentum vivo rumpetur (4); post mortem autem fratris, vivo patre natus, solus heres patri suo existet (5) ». *l.* 26. *ff.* 28. 6. *de vulg. et pupill. substit.* Jul. *lib.* 29. dig.

XLVI. Jam ad secundum legis Velleiæ caput transeundum est.

---

(1) Alter expressus.

(2) Sensus est : si quis vivo testatore nascatur, et testator ita scripserit : *si quis post mortem meam nascetur :* non videtur institutio sub conditione facta, sed is qui post mortem nasceretur, est pure institutus ; is autem qui vivo testatore nascitur, non fuit institutus sub conditione quæ defecit, sed nullatenus institutus fuit : quum non ipse, sed alius qui post mortem nasci potuit, fuerit institutus.

(3) Fratris heredis instituti.

(4) Enimvero præteritus invenitur. Non enim potest videri scriptus heres, quum is scriptus sit, qui post mortem fratris nasceretur ; ille autem vivo fratre natus sit. Præterea 2°. gradu scriptus esset duntaxat, adeoque a primo gradu præteritus.

(5) Ex substitutione vulgari, non ab intestato. Quum enim defecerit primus gradus antequam natus esset, et, quum nascitur, gradus in quo scriptus est factus sit ex secundo primus : non potest videri præteritus.

Et ainsi l'enseigne Pomponius : « L'enfant qui n'est pas encore né peut, dit-il, être institué en ces termes : s'il me naît un fils soit de mon vivant ou après ma mort, qu'il soit mon héritier; ou même purement et simplement sans faire mention de la mort. Dans le cas où l'un a été omis (1), le fils qui aura été omis cassera le testament en naissant, parce qu'il n'a (2) pas même été institué héritier sous condition, d'où suit qu'il n'est pas compris dans le testament ».

Mais Justinien, suivant la loi finale au *code de l'institution des posthumes*, a voulu que le posthume institué dans un cas fût censé l'être dans l'autre.

XLV. Nous avons vu comment ceux qui naissent après le testament, du vivant du testateur et héritiers siens, peuvent être institués en vertu de la loi Velleia.

Mais qu'arrive-t-il s'ils n'ont point été institués héritiers « ceux qui sont nés vivans, depuis le testament, cassent toujours le testament en vertu de la loi Velleia, à moins qu'ils n'y aient été nommément déshérités ».

Mais si un pareil posthume n'a été ni déshérité, ni institué héritier au premier degré, et qu'il y ait été substitué ; dans le cas où il naîtrait après la mort de l'institué à qui il a été substitué, il ne cassera pas le testament, et il sera héritier en vertu de sa substitution. C'est ainsi que l'enseigne Julien : « Si, dit-il, un père a institué héritier son fils impubère en lui substituant celui qui pourrait lui naître après sa mort (3), et qu'ensuite le posthume soit né de son vivant ; le testatment sera cassé (4) et l'enfant né aprés la mort de son frère et du vivant de son père, sera seul héritier de ce dernier (5) ».

XLVI. « Il faut maintenant passer au second chef de la loi Velleia.

---

(1) Où il n'est fait mention que d'un tems, et où l'autre est omis.

(2) Le sens est, s'il naît un enfant du vivant du testateur, et qu'il ait dit : s'il me naît un enfant après ma mort, il n'est pas censé y avoir une institution sous condition ; mais celui qui naîtrait après sa mort serait institué purement et simplement, et celui qui serait né du vivant du testateur ne serait pas institué sous une condition non remplie ; mais il ne le serait point du tout, puisqu'on n'aurait institué que celui qui serait né après la mort.

(3) Du frère de l'héritier institué.

(4) En effet, il se trouve omis, car il ne peut pas être censé institué héritier, puisqu'il n'y a d'institué que celui qui serait né après la mort de son frère, et qu'il est né du vivant du sien ; d'ailleurs il ne serait institué qu'au second degré, et par conséquent serait omis au premier.

(5) En vertu de la substitution vulgaire et non *ab intestat ;* car le premier degré ayant été annullé avant qu'il fût né, et le second étant devenu le premier par sa naissance, il ne peut pas y être censé omis puisqu'il y est institué.

Primum caput de quo egimus, hoc quasi-posthumos spectat, qui post testamentum nascuntur sui heredes. Hoc autem secundum caput spectat eos qui tempore testamenti jam nati sunt; post testamentum autem succedendo in suorum heredum locum, incipiunt sui esse heredes.

De his ita Gaius : « Posthumorum loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo, quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce, si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam : quia filius gradu præcedit; is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius meus me vivo moriatur, aut qualibet ratione (1) exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, et eo modo sua jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpat mihi testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel exheredare nominatim debeo, ne non jure faciam testamentum, ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel heredem instituere vel exheredare, ne forte me vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus, nepos neptisve quasi adgnatione rumpat testamentum. Idque lege Junia-Velleia provisum est ». *l.* 13. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt. lib.* 2. *institut.*

De his etiam ita Ulpianus : « Succedendo itaque sui non rumpunt, sive fuerint instituti vel exheredati ab eo gradu, ad quem hæreditas defertur; scilicet si gradus ille valeat (2) ». *l.* 6. §. 3. *ff. d. tit.* Ulp. *lib.* 13. *ad Sab.*

« Quocumque autem modo parentes præcedentes in potestate esse desierint, succedentes liberi, si fuerint instituti vel exheredati, non rumpent testamentum, sive per captivitatem, sive per mortem, vel pœnam ». *d. l.* 6. §. 4.

Hoc accipe non solum de nepotibus, sed et pronepotibus et deinceps qui in primum familiæ locum succedere intelliguntur.

Unde Scævola : « Sequenti parte (3), succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum. Et ita interpretandum est, ut, si et filium et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque (4), pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent, *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit* (5), ad omnes casus pertinentia, quos sup-

(1) Puta, emancipatione.

(2) Nam si primus gradus a quo exheredati sunt non valeat, præteritio eorum a sequenti gradu rumpit testamentum.

(3) Id est, secundo capite legis Velleiæ.

(4) Tam filio quam nepote.

(5) Hæc verba sunt initium hujus secundi capitis legis Velleiæ quod ita supplet Ant. Augustinus. *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*,

Le premier, dont nous venons de traiter, concerne les quasi-posthumes qui naissent héritiers siens après le testament; mais celui-ci concerne ceux qui étaient nés à l'époque du testament, et qui sont devenus héritiers siens en succédant aux héritiers siens.

Voici ce que dit Gaius : « Ceux qui en succédant aux héritiers siens de leurs parens, le deviennent eux-mêmes, sont au lieu et place des posthumes; par exemple, si j'ai un fils, et par lui un petit-fils ou une petite-fille sous ma puissance, comme mon fils précède d'un degré ce petit-fils et cette petite-fille, lui seul a le droit d'héritier sien, quoique son fils et sa fille soient aussi sous ma puissance; mais si mon fils vient à mourir avant moi, ou a sortir de ma puissance de quelqu'autre manière (1), son fils et sa fille prennent sa place, et deviennent ainsi héritiers siens; il faut donc pour qu'ils ne cassent pas mon testament, que je les institue, ou que je les déshérite nommément; car si mon fils mourait avant moi, ils succéderaient à ses droits et le casseraient comme lui. C'est ce qu'a voulu la loi Junia Velleia ».

« Voici ce qu'en dit pareillement Ulpien. « C'est pourquoi ils ne cassent pas le testament en succédant à leur père, soit qu'ils aient été institués ou déshérités pour le degré auquel la succession est déférée; c'est-à-dire, si ce degré n'est pas cassé (2) ».

« Mais de quelque manière que les parens qui précédaient aient cessé d'être sous la puissance du testateur, les enfans qui leur succèdent, ayant été déshérités ou institués, ne cassent point le testament, soit qu'ils aient été faits captifs, qu'ils aient cessé de vivre, ou qu'ils aient été condamnés à une peine afflictive ».

Cela s'entend, non seulement des petits-fils, mais encore des arrière-petits-fils, et autres descendans parvenus au premier degré de la famille.

C'est pourquoi Scævola dit : « Le second chef de cette loi (3) ne veut pas que ceux qui succèdent aux enfans cassent le testament, et il faut l'entendre en ce sens, que si vous avez un petit-fils et arrière-petit-fils, et que les deux premiers viennent à mourir (4), l'arrière-petit-fils institué succédant aux droits d'héritier sien, il ne cassera point votre testament; et c'est avec raison que les termes de la loi, *si quelqu'un des héritiers siens cesse de l'être* (5), sont étendus à tous les cas auxquels nous avons dit

(1) Par exemple, par l'émancipation.

(2) Car si le premier degré où ils ont été déshérités ne subsiste plus, leur omission dans le second doit casser le testament.

(3) C'est-à-dire, par le second chef de la loi Velleia.

(4) Tant le fils que le petit-fils.

(5) Ces mots sont le commencement de ce second chef de la loi Velleia, auxquels Antoine Augustin ajoute : si quelqu'un des héritiers siens cesse de

plendos in Galli-Aquilii sententia diximus (1). Nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens (2) nepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus ». *l.* 29. §. 13. *lib.* 6. quæst.

XLVII. « Videndum num hac posteriore parte, *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus, etc. in locum suorum sui heredes succedunto*, possit interpretatione induci, ut; si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat (3)? Nihil enim addidit, quo significaret tempus. Nisi quod, licet audenter, possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse (4), licet post mortem decedat; quia nec redit, nec potest redire ». *d. l.* 29. §. 14.

XLVIII. Ad aliam quasi-posthumorum speciem transeundum

---

liberi ejus et cæteri in locum suorum sui heredes succedunto; nec ob eam rem, si instituti aut nominatim exheredati ad similitudinem posthumorum sunt, minus ratum esto testamentum.

(1) Supra *n.* 29 et 30.

(2) Ita emendat Cujacius : vulgo legitur *nec succedens pronepos*. Sensus est : ratio cur credi possit pronepotis institutionem ex hoc 2°. legis Velleiæ capite factam, ita demum utilem esse posse si nepos vivo patre suo decedat, hæc est, nimirum quia, si nepos supervixisset patri suo (qui est pronepotis avus), hic nepos succedens avo pronepotis mortuo, qui est ipsius nepotis pater, et incipiens esse suus heres, ipse rumperet testamentum in quo pronepos est institutus; adeoque inutilis esset institutio pronepotis, quum testamentum per nepotis agnationem rumperetur. Respondet autem Scævola : hæc ratio ita demum militat, si nepos fuit præteritus. Quod si nepos ipse fuit heres vel exheres scriptus, etiamsi supervixerit patri suo, agnatio ejus non rumpet testamentum : adeoque, etsi supervixerit patri nepos, et postea decedat, utilis erit pronepotis institutio.

(3) Ratio cur posset negari hæc species ad secundum caput legis Velleiæ pertinere, est quia quum filius post mortem testatoris decedat, nepos post mortem demum testatoris videtur in sui heredis locum succedere : porro lex Velleia videtur esse de his qui *vivo testatore* succedunt. Contra ut hæc species ad secundum caput legis pertineat, allegat primo quod in hoc secundo capite non exprimatur quo tempore quis in sui heredis locum succedere debeat, an vivo testatore, an post mortem ejus. Qua tamen ratione non multum innititur Scævola. Unde aliam addit subjungendo quæ sequuntur : *nisi quod licet, etc.*

(4) Hunc filium scilicet. Quum enim non redierit filius, nec possit redire utpote qui apud hostes mortuus supponatur; certe ex quo captus est, desiit in potestate testatoris esse : adeoque ex eo nepos, vivo testatore in sui heredis locum successisse videri debet.

qu'il fallait suppléer par son esprit, comme l'a pensé Gallus Aquilius (1); afin que le petit-fils ne casse le testament ni en mourant du vivant de son père, ni en succédant à ses droits (2) après la mort de son aïeul, et même s'il meurt après son père, pourvu qu'il ait été institué héritier ou déshérité ».

XLVII. « Voyons maintenant si cette seconde partie de la loi, *si quelqu'un des héritiers siens cesse de l'être, ses enfans, etc.; que les héritiers siens succèdent à leurs droits*, ne peut pas s'interpréter de manière que, si ayant un fils captif, vous instituez son fils héritier, il ne casse pas votre testament, non-seulement si votre fils meurt avant vous, mais encore s'il meurt après vous chez les ennemis (3); car elle n'a rien ajouté par rapport aux époques de la mort, et tout ce qu'on peut dire à cet égard, c'est que le captif a cessé d'être héritier sien (4) du vivant de son père, quoiqu'il soit mort après lui, puisqu'il n'est pas revenu et n'a pas dû revenir ».

XLVIII. Il faut maintenant passer à une autre espèce de quasi-

---

l'être, que ses enfans et ceux qui les remplacent deviennent héritiers siens; et que malgré cela, s'ils ont été institués ou nommément déshérités à l'instar des posthumes, que le testament ne soit pas ratifié.

(1) Ci-dessus, *n.* 29 et 30.

(2) Cujas corrige ce texte. On lit ordinairement *nec succedens pronepos.* Le sens est que la raison pour laquelle on peut croire que l'institution de cet arrière-petit-fils, en vertu de ce second chef de la loi Velleia, ne peut être inutilement faite qu'autant que le petit-fils meurt du vivant de son père, est que si le petit-fils eût survécu à son père, c'est-à-dire, à l'aïeul de l'arrière-petit-fils, ce petit-fils succédant à l'aïeul du petit-fils ou à son père, et devenant héritier sien, casserait lui-même le testament où l'arrière-petit-fils était institué; et par conséquent l'institution de l'arrière-petit-fils serait nulle, puisque la naissance du petit-fils casserait le testament. Scævola répond que cette raison ne milite que dans le cas où le petit-fils aurait été omis; et que si ce petit-fils avait été institué ou déshérité, sa naissance ne casserait pas le testament, quoiqu'il eût survécu à son père; et par conséquent son institution doit être utilement faite quoiqu'il lui eût survécu et qu'il soit mort.

(3) La raison pour laquelle on pourrait nier que cette espèce appartînt au second chef de la loi Velleia, est que lorsque le fils meurt après le testateur, le petit-fils est seulement dans le cas de succéder à sa place d'héritier sien après la mort du testateur; au lieu que la loi Velleia n'est censée concerner que ceux qui y succèdent du vivant du testateur; au contraire, pour que cette espèce appartienne au second chef de cette loi, on allègue 1°. que ce second chef de la loi ne fait point mention de l'époque où il faut succéder au droit d'héritier sien, et ne dit point que ce soit ni avant ni après la mort du testateur. Ces raisons ne fortifient cependant guère l'opinion de Scævola; c'est pourquoi il y ajoute ce qui suit : *nisi quod licet, etc.*

(4) C'est-à-dire, au fils; car comme il n'est pas revenu, et ne peut pas revenir, puisqu'on le suppose mort chez les ennemis, il est certain qu'il a cessé, en devenant captif, d'être sous la puissance du testateur, et que par conséquent le petit-fils lui a succédé dans le droit d'héritier sien dès ce moment, et du vivant du testateur.

est, qui *Juliani* dicuntur; eos scilicet qui, quasi commixtis duobus capitibus, legis Velleiæ sententia contineri intelliguntur.

De his ita adhuc Scævola : « Ille casus in difficili est, si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore quo nascatur (1); nec posteriore (2), alii succedendo; prohiberi videtur rumpere, quam qui jam natus erit. Denique et superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui, quum nascentur, sui erunt, permitti : posteriore capite *non permittit institui* (3), *sed vetat rumpi;* neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet ut utiliter sit institutus; quod nullo (4) jure potuit, qui nondum natus erat. Juliano tamen videretur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta ». *d. l.* 29. §. 15.

Hic obiter « quæremus tamen, quum recepta est Juliani sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte (5) adire possit hereditatem? Quod magis probandum est (6). Nam emancipatione suus heres fieri non potuit ». *d. l.* 29. §. 16.

§. II. *De aliis quasi-posthumorum speciebus.*

XLIX. Posthumorum etiam loco sunt extranei, qui post testamentum a testatore adoptati sui heredes si esse incipiunt. Nam « verum est adoptione vel adrogatione filii filiæve, testamentum rumpi; quoniam sui heredis adgnatione solet rumpi ». *l.* 8. *ff.* 28. 3. *de inj. rupt.* Ulp. *lib.* 11. *ad Sab.*

---

(1) Adeoque ad primum caput non pertinet.

(2) Id est, nec ad posteriorem legis partem videtur pertinere, quia nimirum ad hanc partem is demum pertinet qui tempore testamenti natus est, et post testamentum in sui heredis locum succedit. Is autem supponitur natus post testamentum.

(3) Nulla enim lege opus fuit ut qui jam natus est tempore testamenti, possit institui.

(4) Id est, ut posthumus de quo egimus utiliter sit institutus, nullo jure potuit fieri. Non jure civili : jus enim civile est de his qui post mortem testatoris nascuntur. Non lege Velleia : nam hæc lex est de his qui nascuntur sui heredes; hic autem talis non natus est, quum pater ejus præcederet.

(5) *Emancipati*, sponte adeunt; *sui* existunt necessarii heredes : ut infra videb. *tit.* 5. *de hered. inst.*

(6) Supple : de qua tamen specie magis dubium erat an institutio valeret. Nam quum emancipatione ei contingat ut nunquam suus heres fieri, nec in patris locum succedere possit, videtur prorsus posthumus alienus, qui institui non potest.

posthumes, qu'on appelle *Juliens*, c'est-à-dire, qui sont censés compris dans l'esprit des deux chefs réunis de la loi Velleia.

Scævola dit encore à leur égard : « ce cas présente des difficultés si vous avez un fils et que vous instituiez un petit-fils non encore né ; que ce petit-fils naisse du vivant de son père, et qu'il lui survive; car il n'est pas héritier sien au tems de sa naissance (1), et (2) ne succède pas à un autre qui l'empêche de casser le testament plutôt qu'un enfant déjà né; enfin, pour qu'il soit permis par le premier chef de la loi d'instituer des enfans qui ne sont pas nés et qui doivent être héritiers siens en naissant, le second chef, en ne permettant pas de les instituer (3), pourvoit à ce qu'ils ne cassent pas le testament, et à ce qu'il ne soit pas moins maintenu quoiqu'ils succèdent; enfin, il faut dire que cet enfant qui n'était pas né a pu être utilement institué, bien qu'aucun droit ne le permît (4); cependant, Julien veut que l'esprit des deux chefs réunis de cette loi, soit d'empêcher les testamens d'être cassés ».

« Nous examinerons néanmoins ici, *comme en passant*, si l'opinion de Julien ayant été reçue, le petit-fils né du vivant de son père, et ensuite émancipé, peut volontairement (5) accepter la succession. Et c'est en effet le plus probable (6), parce qu'il n'a pas pu devenir héritier sien par son émancipation ».

§. II. *Des autres espèces de quasi-posthumes.*

XLIX. Les étrangers sont aussi mis à la place des posthumes, lorsqu'ils sont adoptés par le testateur et sont devenus héritiers siens. Car « il est certain que l'adoption ou l'adrogation d'un fils ou d'une fille casse le testament, parce que la naissance d'un héritier sien le casse ordinairement ».

---

(1) Et par conséquent n'appartient pas au premier chef.

(2) C'est-à-dire, et n'appartient pas au second chef de cette loi, parce que cette partie de la loi ne regarde que celui qui, étant né à l'époque du testament, a succédé depuis au droit d'héritier sien, et qu'il est censé né après l'époque du testament.

(3) Parce qu'il ne fallait pas de loi pour instituer un fils déjà né à l'époque du testament.

(4) C'est-à-dire, qu'aucun droit n'a pu autoriser l'institution du posthume dont il s'agit; qu'elle n'a pas pu l'être par le droit civil qui ne concerne que ceux qui sont nés après la mort du testateur; ni par la loi Velleia qui ne concerne que ceux qui sont nés héritiers siens, ce qu'on ne peut pas dire de lui puisque son père le précédait.

(5) Les émancipés acceptent la succession volontairement, et les héritiers siens sont héritiers accessoires, comme on le verra ci-après au titre *de l'institution d'héritier*.

(6) Ajoutez : espèce dans laquelle on a cependant douté que l'institution fût valide, parce que son émancipation l'empêchant de devenir jamais héritier sien, et de pouvoir succéder aux droits de son père, il est censé assimilé à un posthume étranger qui ne peut pas être institué.

Cæterum, si instituti fuerint, eorum institutio impediet quominus testamentum rumpant. Enimvero, « si qui heres institutus est, a testatore adrogetur, potest dici satis ei factum; quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit». *l.* 18. *ff. d. t. de inj. rupt.* Scævola, *lib.* 5. quæst.

Ad similitudinem autem ejus qui post testamentum in locum *filii* adoptatur; ita etiam « si Titius heres institutus, loco *nepotis* (1) adoptetur : defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo qui heres invenitur ». *l.* 23. §. 1. Papin. *lib.* 12. quæst.

Ergo extranei institutio, qui postea adoptatur, obstat quidem quominus ille testamentum rumpat, quum per adoptionem suus heres esse incipit. Sed non idem vice versa dicendum est de ejus exheredatione. Exheredatio enim extranei nullius momenti est, quum in eum duntaxat cadere possit, cui ex lege aut ex edicto speratur hereditas. Ideoque et si fuerit exheredatus, hæc exheredatio non obstabit quominus postea suus heres esse incipiens testamentum rumpat.

Ita tamen, quum prorsus extraneus est is qui adoptatur. Verum, « filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi. Nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur (2) : *Ne imagine, naturæ veritas adumbretur*, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur. Nec multum puto referre (3) (quod ad propositum attinet), quod loco nepotis filium exheredatum pater adrogavit ». *l.* 23. Papin. *lib.* 12. quæst.

L. Posthumi loco etiam intelligi poterat, jure veteri, filius qui per emancipationem alienatus, postea ab emptore emancipatus, in potestatem patris naturalis post testamentum redibat : de quo infra *lib.* 38. *tit.* 15. de suis et legit. heredib. Adeoque rumpebat testamentum, nisi heres aut exheres scriptus inveniretur.

At «filia, quum emancipatur, vel nepos, quia una emancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt ». *l.* 8. §. 1. *ff.* 28. 3. *de injust. rupt.* Ulp. *lib.* 11. *ad Sab.*

LI. Posthumi etiam loco est nepos, qui in potestate avi existens, mortuo avo in potestatem patris sui recidit : adeoque testamentum

(1) Et quidem loco nepotis quasi ex tali filio.

(2) Sensus est : non simpliciter et mere adoptivus intelligitur, neque enim est ascititius filius, sed naturalis. Familiæ ex qua exciderat, redditur; adeoque non omnia quæ de mere adoptivis dicuntur, ad eum trahi debent.

(3) Id est, quamvis non reddatur ei gradus filii quem habebat, tamen adhuc distat a mere adoptivis, in hoc ut exheredatio ejus ei noceat.

Toutefois, s'ils ont été institués, leur institution empêche qu'ils ne cassent le testament. En effet, « si celui qui a été institué est adrogé, on peut dire que son adrogation est annullée, parce qu'avant son adoption, son institution aura lieu comme par rapport à un étranger ».

Mais, à l'instar de celui qui a été adopté pour fils depuis la confection du testament, de même aussi « si Titius institué héritier, est adopté pour petit-fils (1) après la mort du fils qui était censé son père, il ne casse pas le testament en lui succédant comme héritier ».

Ainsi, l'institution d'un étranger qui a été ensuite adopté, empêche, à la vérité, qu'il ne casse le testament en devenant héritier sien par son adoption; mais il ne faut pas dire réciproquement de même par rapport à son exhérédation; car l'exhérédation d'un étranger est nulle, puisqu'elle ne peut avoir lieu que pour celui qui était appelé à la succession par une loi ou un édit : d'où suit que son exhérédation n'empêche pas que, devenu héritier sien, il ne casse le testament.

Il n'en est cependant ainsi, qu'autant que celui qui est adopté est entièrement étranger. Car, « nous avons dit que l'exhérédation antérieure nuisait au fils, que son père adrogeait après l'avoir émancipé, parce qu'aucun droit ne permet qu'un fils soit regardé comme adopté par son véritable père (2), afin que l'ordre de la nature ne soit pas en quelque sorte interverti par une fiction, et qu'il est plutôt remis à sa place que transféré; je pense aussi qu'il est indifférent (3) dans l'espèce proposée, que le père ait adrogé son fils déshérité pour petit-fils ».

L. Dans l'ancien droit, on pouvait aussi considérer comme à la place d'un posthume le fils, qui, étant aliéné par émancipation et émancipé ensuite par l'acheteur, retombait après le testament sous la puissance de son père naturel. Voyez ci-après, *liv.* 38, *tit. des heritiers siens et des héritiers légitimes*. Ce fils cassait par conséquent le testament, à moins qu'il n'y fût institué ou déshérité.

Mais « la fille et le petit-fils sortant de la puissance paternelle par une seule émancipation, ne casse pas le testament de leur père, quoiqu'émancipés ».

LI. Le petit-fils, qui étant sous la puissance de son aïeul, passe à sa mort sous celle de son père, est aussi à la place d'un pos-

(1) Et même à la place du petit-fils, comme s'il était né de ce fils.

(2) Le sens est qu'il n'est pas censé purement et simplement adoptif, parce qu'il est fils naturel, et non par introduction, qu'il rentre dans la famille d'où il était sorti, et par conséquent est d'une espèce différente des autres adoptifs proprement dits.

(3) C'est-à-dire, que quoique ce fils ne recouvre pas le degré qu'il avait perdu dans la famille, il diffère cependant beaucoup d'un fils adoptif, par rapport au préjudice que lui porterait son exhérédation.

quod pater de castrensi facere potuit, rumpit; nisi in eo heres aut exheres scriptus sit.

Hoc autem obtinet, sive nascatur post testamentum, sive testamenti tempore jam natus erat. Varias illas duas species referunt Tryphoninus et Tertullianus.

Species. 1. « Filiusfamilias miles de castrensi peculio fecit testamentum, habens filium in ejusdem potestate. Quum militare desiisset, patre eodemque avo defuncto, quæsitum est an rumpatur ejus testamentum? Non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate, suo herede, ulterior succedit in proximum locum : sed tamen in potestate sua habere cœpit, quem non habebat, simulque paterfamilias factus est, et filius sub ejus recidit potestate. Rumpetur ergo testamentum. Sed si heres sit institutus vel exheredatus iste ejus filius, non rumpitur; quia nullo (1) circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem ». *l.* 28. §. 1. Tryph. *lib.* 20. disp.

Species 2. « Sed etsi vivo avo nascatur posthumus, hic non rumpet continuo (2) patris testamentum : si supervixerit post mortem avi, vivo adhuc patre, rumpet; quod novus illi nunc primum heres adgnascitur; ita tamen ut nunquam possit duorum simul (3) testamenta rumpere, et avi, et patris ». *l.* 33. §. 3. *ff.* 29. 1. *de testam. mil.* Tertull. *lib. sing. de castr. pecul.*

LII. Una superest posthumorum species, de quibus dubitatur an posthumis annummerandi sint, an quasi-posthumis.

Hanc ita refert Scævola : « Si ejus, qui filium habebat, et nepotem ex eo instituerat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique vivo avo et ejus filio pariat (4), mox ille post mortem patris atque avi redeat : utrum hic casus ad lege Velleiam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit (5), possit que vel ex jure antiquo, vel ex Velleia institutus non rumpere? Quod quærendum

(1) Hic notatur discrimen inter hunc quasi-posthumum et inter extraneum, qui post testamentum a testatore adoptatus est. Ille ex casu de novo contingente in familiam patris adoptivi transivit : nec erat tempore testamenti ulla naturalis ratio cur hereditatem testatoris sperare posset; adeoque perperam exheredatus est. At quum hic nepos mortuo avo in potestatem patris recidit, non tam casus de novo contingit, quam ordo naturæ impletur : jam eo tempore quo ejus pater testatus est, talis erat qui servato naturæ ordine in ejus potestatem aliquando recidere deberet, et consequenter ejus hereditatem sperare posset; adeoque jam tunc recte potuit exheredari.

(2) Quia in ejus potestate non nascitur.

(3) Non potest enim eodem tempore duobus *suus* heres effici.

(4) Nepotem scilicet qui institutus est.

(5) Dubitabatur an posset dici *ad jus antiquum* pertinere qui vivo testatore natus est : jus enim antiquum non est nisi de his qui post mortem nascuntur. Dubitabatur etiam an posset dici *ad legem Velleiam* pertinere, quæ

thume, et par conséquent casse le testament que son père aurait fait de son pécule castrense, à moins qu'il n'y soit institué ou déshérité.

Mais cela a lieu, soit qu'il fût ou qu'il ne fût pas né à l'époque du testament. Tryphoninus et Tertullien rapportent ces deux différentes espèces.

Première espèce. « Un fils de famille militaire a fait un testament de son pécule castrense, ayant un fils sous la puissance de son père. Ayant quitté le service militaire, et étant mort ainsi que son père, on a demandé si son testament était cassé. Il n'avait point fait d'adoption, et il ne lui était point né de fils; par conséquent, un héritier sien n'était point sorti de sa puissance pour faire place à un autre; mais cependant il a commencé d'avoir sous sa puissance quelqu'un qui n'y était pas; il est devenu père de famille, et son fils est tombé sous sa puissance, son testament sera donc cassé; mais si ce fils a été institué ou déshérité, le testament ne sera point cassé, parce que son fils n'est retombé sous sa puissance par aucun nouveau fait (1), mais suivant l'ordre naturel ».

Deuxième espèce. « Mais si du vivant de l'aïeul il n'aît un posthume, il ne cassera pas de fait (2) le testament de son père. Si cependant il survit à son aïeul, son père encore vivant, il le cassera, parce qu'il naît son héritier; mais il ne pourra néanmoins pas casser à la fois (3) le testament de son aïeul et celui de son père ».

LII. Il reste encore une espèce de posthume, à l'égard desquels on doute s'il faut les classer au nombre des posthumes ou des quasi-posthumes.

Voici cette espèce rapportée par Scævola. « Si la belle-fille de celui qui ayant un fils a institué son petit-fils, a été prise par les ennemis etant enceinte, et qu'elle soit accouchée pendant sa captivité du vivant de l'aïeul et du fils (4), mais qu'elle soit enfin revenue après la mort de l'un et de l'autre; ce cas aura-t-il rapport à la loi Velleia ou à l'ancien droit (5), et ce petit-fils peut-il ne

(1) On observe ici la différence entre ce quasi-posthume et l'étranger adopté après le testament, et qui a passé par accident dans la famille de son père adoptif, qui, même au tems du testament, n'avait aucune raison d'espérer sa succession; d'où suit qu'il a été inutilement déshérité; au lieu que ce petit-fils est retombé sous la puissance de son père à la mort de son aïeul, suivant l'ordre naturel, et y étant au tems du testament de son père, il devait naturellement tomber sous sa puissance, ainsi qu'être appelé à sa succession; d'où suit qu'il pouvait régulièrement être déshérité.

(2) Parce qu'il ne naît pas sous sa puissance.

(3) Car il ne peut pas devenir héritier sien de deux à la fois.

(4) C'est-à-dire, le petit fils qui a été institué.

(5) On doutait que celui qui était né du vivant du testateur, pût appartenir au droit ancien, qui ne concerne que ceux qui sont nés après sa mort. On doutait aussi qu'il pût appartenir à la loi Velleia, qui regarde ceux qui

est, si (1) jam mortuo filio, nepotem pariat (2), redeatque mortuo. Sed quum testamentum ab eo non rumpatur (3), nihil refert utrum ex jure antiquo, an ex lege Velleia excludatur ». *l.* 29. §. 7. Scævola, *lib.* 6. quæst.

LIII. Non est antem posthumus nec posthumi loco is, qui per suum aut patris reditum ab hostibus in potestatem patris recidit, quia, fictione postliminii, nunquam exivisse fingitur.

Igitur, « si pater ab hostibus capiatur, filio manente in civitate; reverso eo, non rumpitur testamentum ». *l.* 9. *ff.* 28. 3. *de inj. rupt. testam.* Paul. *lib.* 2. *ad Sab.*

« Sed nec filius postliminio rediens rumpit patris testamentum (4), ut Sabinus existimavit ». *l.* 10. *ff. d. tit.* Paul. *lib.* 1. *ad Vitellium.*

LIV. Hactenus enumeravimus omnes qui posthumorum loco sunt : qui omnes ad instar posthumorum proprie dictorum testamentum rumpunt, si in eo inveniantur præteriti.

Hoc tamen cum hac limitatione accipiendum est, ut, si postquam sui heredes esse cœperunt, ipsi vivo testatore moriantur, prætor testamentum sustineat : ut ait Ulpianus.

« Posthumus præteritus, vivo (5) testatore natus decessit. Licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem *secundum seculas* accipere heres scriptus potest; remque obtinebit, ut et divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quæ sibi relicta sunt, securi. Idem (6) et circa injustum et irritum tes-

---

est de his qui vivo testatore nascuntur : at is demum post mortem testatoris ab hostibus reversus est, et suus heres esse incœpit. Hanc quæstionem non solvit Scævola, sed ait ad quodcumque jus ille pertineat, ejus institutionem obstare quominus testamentum rumpat.

(1) Quasi diceret : eadem quæstio est et *si jam mortuo, etc.*

(2) Ita emendat Cujacius. Vulgo male, *pronepotem instituat.*

(3) Si quidem institutus est.

(4) Sed utroque casu testamentum aut ab initio inutile fuisse intelligitur, si filius ille præteritus fuit; aut valet, si heres exheresve scriptus est.

(5) Secus de vero posthumo qui post mortem testatoris nascitur : quamvis ille illico moriatur, non convalescit testamentum, ut vid. supra *n.* 32. Vide in notis rationem disparitatis.

(6) Id est, idem erit dicendum circa *injustum* testamentum, scilicet in quo juris civilis solennia desunt; puta mancipatio per æs et libram : heres

pas casser le testament de son aïeul, en vertu du droit ancien ou de la loi Velleia? C'est ce qu'il faut examiner, si (1) le petit-fils était né après la mort de son père (2), et mort avant le retour de sa mère; mais comme le testament n'est point cassé (3), il est indifférent qu'il soit infirmé par l'ancien droit ou par la loi Velleia ».

LIII. Mais celui qui retombe sous la puissance de son père, par son retour ou celui de son père de chez les ennemis, n'est ni un posthume, ni à la place d'un posthume, parce que la fiction du droit de retour fait supposer qu'il n'est jamais sorti de sa famille.

Ainsi, « si un père a été pris par les ennemis, et que son fils soit resté à Rome, le retour du père ne casse pas le testament ».

« Mais le fils revenant de chez les ennemis, en vertu du droit de retour, ne casse pas non plus le testament de son père, comme l'a dit Sabinus (4) ».

LIV. Jusqu'ici nous avons parlé de tous ceux qui sont à la place des posthumes, et qui, à l'instar des posthumes proprement dits, cassent le testament lorsqu'ils y ont été omis.

Cela s'entend cependant sous une restriction, qui a lieu lorsqu'ils meurent après être devenus héritiers siens et du vivant du testateur, cas auquel le préteur maintient le testament, comme le dit Ulpien.

« Si un posthume omis dans le testament (5) étant né du vivant du testateur, vient à mourir, quoiqu'il paraisse devoir casser le testament; suivant la subtilité et la rigueur du droit, l'héritier institué peut cependant demander la possession des biens en vertu du testament, et il doit l'obtenir, d'après les rescrits d'Adrien et de notre Empereur. D'où suit que les légataires et les fidécommissaires obtiendront également ce qui leur aura été légué. Il faut dire la même chose (6) d'un testament nul ou irrégulier, si la pos-

naissent du vivant du testateur, quoiqu'il fût revenu après la mort du testateur, et ne fût devenu héritier sien qu'à la même époque. Scævola ne résout pas cette question, mais il dit qu'il appartient à tout espèce de droit quelconque de décider que son institution s'oppose à ce qu'il casse le testament.

(1) Comme s'il disait que c'est la même question, et que *si jam, etc.*

(2) Correction de Cujas. On lit mal-à-propos *pronepotem instituat.*

(3) S'il a été institué.

(4) Mais dans l'un et l'autre cas le testament est nul dès l'origine si le fils y a été omis; ou subsiste si le fils y a été institué ou déshérité.

(5) Il en est autrement du véritable posthume qui naît après la mort du testateur; quoiqu'il meure sur-le-champ, il ne valide pas le testament, comme on l'a vu *n.* 32. Voy. dans les notes la raison de cette différence.

(6) C'est-à-dire, il faudra dire la même chose d'un testament nul; c'est-à-dire, qui n'est pas fait suivant les formes du droit civil; par exemple, où

tamentum erit dicendum, si bonorum possessio (1) data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit ». *l.* 12. *ff.* 28. 3. *de inj. rupt. testam.* Ulp. *lib.* 4. disp.

Aliter obtinet circa posthumos Cornelianos, qui posthumis proprie dictis, magis quàm quasi-posthumis, annumerandi sunt.

De his enim ita Javolenus : « Qui uxorem prægnantem habebat, in hostium potestatem pervenit. Quæro, filio nato, quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur? Et, si filius ante moriatur, quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint? Respondi : Non puto dubium esse quin per legem Corneliam, quæ de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio, continuo ejus testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur. Sequitur ergo ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat (2) ». *l.* 15. *ff. d. t. de inj. rupt. lib.* 4. reg.

TITULUS III.

De injusto, rupto, irrito facto testamento.

I. Testamentum aut *non jure factum* dicitur, ubi solennia juris defuerunt; aut *nullius esse momenti*, quum filius, qui fuit in patris potestate, præteritus est; aut *rumpitur* alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel adgnatione sui heredis; aut *in irritum constituitur*, non adita hereditate ». *l.* 1. Pap. *lib.* 1. *defin.*

De injusto seu non jure facto, item de eo quod nullum seu nullius momenti est, supra duobus titulis præced.

---

in eo scriptus cui bonorum possessio secundum illud testamentum data est, debet præstare legata et fideicommissa. Idem pariter dicendum circa *irritum* testamentum, quum impedimentum capitis diminutionis testatoris cessavit; quum nimirum testator, qui se arrogandum dederat, sui juris factus est.

(1) Id est, maxime sustinebuntur legata his casibus, si bonorum possessio *secundum tabulas data* (id est, delata) *fuerit*, ei qui rem ab intestato auferre possit. Nam hoc casu, etsi eam omitteret, sustineretur ex edicto *si quis omissa*, *etc.*

(2) Non sustinebitur igitur, sicut sustinetur quum filius qui rupit testamentum postea vivo patre ipse moritur. Nam ea vis est fictionis Cornelianæ, ut, quum pater statim mortuus fingatur ex quo captus est, filius ille post mortem patris natus intelligatur : adeoque hic idem statuendum atque in casu legis 2. *cod.* 6. 29. *de posth. her. inst.* quam vid. supra *n.* 32. cum notis.

session des biens (1) a été accordée à celui qui aurait droit de demander la succession *ab intestat* ».

Il en est autrement des posthumes Cornéliens, qui sont assimilés aux posthumes proprement dits, plutôt qu'aux quasi-posthumes.

Javolenus dit, par rapport à eux : « Un individu a été pris par les ennemis, ayant sa femme enceinte. On a demandé dans quel tems la naissance du posthume devait casser le testament fait avant sa captivité, et si le fils mourant avant son père, les héritiers institués auraient la succession. J'ai répondu que, suivant moi, il était hors de doute que d'après la loi Cornelia, faite pour confirmer les testamens de ceux qui étaient morts au pouvoir des ennemis, le fils, qui était né de celui qui était mort en captivité, avait cassé le testament. Il s'ensuit donc que personne ne peut réclamer sa succession en vertu de ce testament (2) ».

TITRE III.

Du testament irrégulier, du testament cassé, et du testament déclaré nul.

I. « Un testament est dit fait contre le droit, lorsque les formalités requises par le droit n'y ont pas été observées; et nul, lorsque le fils qui était sous la puissance de son père y a été omis. On dit qu'il a été cassé, lorsqu'il y a un héritier institué par un autre testament, qui pourra réclamer la succession en vertu de cet autre testament, ou quand il est survenu un héritier sien, il devient nul par la non acceptation de la succession ».

Nous avons traité, dans les deux titres précédens, du testament irrégulier, c'est-à-dire, où les formes du droit n'ont pas été observées, et de celui qui est nul ou de nul effet.

---

l'on n'a pas fait la mancipation *per æs et libram*, l'héritier institué par ce testament, et à qui on donne la possession des biens comme tel, doit payer les legs et les fidéicommis. Il faut encore dire la même chose de celui qui a été cassé lorsque l'empêchement résultant du changement d'état du testateur a cessé, parce que le testateur qui s'était donné par adrogation est devenu son maître.

(1) C'est-à-dire, les legs seront surtout maintenus dans ce cas si la possession des biens a été donnée, c'est-à-dire, déférée en vertu du testament à celui qui pouvait être héritier *ab intestat*; parce que dans ce cas, quoiqu'il n'acceptât pas la succession, le testament serait maintenu en vertu de l'édit *si quis omissa, etc.*

(2) Il ne sera donc pas maintenu comme il le serait si le fils qui cassait le testament fût mort lui-même du vivant de son père; parce que telle est la force de la fiction Cornélienne, que le père étant supposé mort du moment où il a été pris par les ennemis, le fils est réputé né après la mort de son père; d'où suit qu'il faut dire ici la même chose que dans la *l.* 2, *cod. de l'institution des posthumes*, qu'on a vu ci-dessus *n.* 32, et dans les notes.

ARTICULUS I.

De rupto testamento.

§. I. *Quotuplici modo rumpatur testamentum?*

II. « *Rumpitur* testamentum mutatione; id est, si postea aliud testamentum jure factum sit: item adgnatione; id est, si suus heres adgnascatur, qui neque heres institutus, neque ut oportet exheredatus sit ». Ulp. *fragm. tit.* 23. §. 2.

« Agnascitur suus heres aut adgnascendo, aut adoptando, aut in manum (1) conveniendo, aut in locum sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio vel emancipato, aut manumissione (2); id est, si filius in prima secundave mancipatione manumissus, reversus sit in patris potestatem ». *d. t.* §. 3.

III. « Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est. Nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 2. *ad Sab.*

Ut autem scriptura posterior minus solennis, in qua vocantur ii qui ab intestato veniunt, rumpat prius testamentum in quo extranei scripti sunt heredes, opus est ut ejus scripturæ minus solennis fides quinque testium juratorum depositione adstruatur; valebitque hæc scriptura, non ut testamentum, sed ut ultima intestati voluntas. Ita edicit Justinianus. *l.* 21. §. 3. *cod.* 6. 23. *de testam.*

Extra hos casus, testamentum prius non rumpitur per posterius, nisi jure consummatum, etiamsi in posteriori Imperator fuerit institutus. *l.* 20. *eod. d. tit.* (3).

---

(1) Scilicet si post testamentum uxor in manum testatoris conveniat: de qua re vid supra, *lib.* 1. *tit.* 6. *de his qui sui vel. alien. jur.*

(2) Finge: emancipavi filium; dum esset in potestate emptoris, testamentum feci, et eum præterii. Valet testamentum. Postea emptor eum manumittit: redit in meam potestatem, et rumpit testamentum in quo invenitur præteritus. Vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 7. *de adop. et emancip. sect.* 2. Secus de cæteris liberis; quia prima et unica manumissione fiunt sui juris.

(3) Hoc sensu hanc legem accipi voluit Justinianus: jus enim Justinianeum est ut Imperator communi cum privatis jure utatur. Alio vero sensu eam intelligebat ipse hujus legis auctor Theodosius-Junior; scilicet ut testamentum *scriptum* non posset rumpi per posterius *nuncupativum* in quo Imperator scriptus esset, aut viri potentes: in quo, sibi et potentioribus minus tribuit quam cæteris; qui, si in posteriori testamento jure perfecto quamvis nuncupativo scripti fuerint utiliter scripti erunt; et per hoc posterius, rumpetur prius testamentum. Vid. Jacq. Gothofr. ad *l.* 5. *cod. Theod.* 4. 4. *de testam.*

ARTICLE I.

Du testament cassé.

§. I. *De combien de manières un testament peut être casse.*

II. « Un testament est cassé par le changement d'intention, c'est-à-dire, quand il est survenu un autre testament légalement fait. Il l'est aussi par l'événement de la naissance d'un héritier sien, qui n'a été ni institué, ni régulièrement déshérité «.

« Il survient un héritier sien lorsqu'il naît par l'adoption, lorsque la femme passe sous la puissance de son mari (1), lorsqu'un héritier plus éloigné succède au droit d'héritier sien, comme un petit-fils au fils mort ou émancipé, et par l'affranchisement (2), c'est-à-dire, lorsque le fils affranchi par la première ou la seconde mancipation est retombé sous la puissance de son père ».

III. « Mais un premier testament est cassé par un second, lorsque celui-ci a été régulièrement fait, à moins qu'il n'ait été fait par un militaire, ou qu'un héritier qui pouvait l'être *ab intestat* se trouve y avoir été institué, cas auquel le dernier testament, même irrégulièrement fait, casserait le premier ».

Mais pour qu'un second testament, quoiqu'irrégulier, où sont appelés ceux qui pouvaient hériter *ab intestat*, casse le premier, où des étrangers ont été institués héritiers ; il faut que ce second testament irrégulier soit attesté par la signature de cinq témoins assermentés ; et il vaudra, non pas comme testament, mais comme dernière volonté du testateur ; ainsi l'a décidé Justinien.

Hors ces cas, un premier testament n'est cassé par un second, qu'autant que celui-ci est fait suivant toutes les règles du droit, quand il serait fait en faveur de l'Empereur, suivant la loi 20, au *cod. de ce titre* (3).

---

(1) Lorsque la femme passe sous la puissance de son mari. Voy. ci-dessus, *liv.* 1, le titre qui traite *de ceux qui sont ou ont cessé d'être sous la puissance d'autrui.*

(2) Supposons que j'aie émancipé mon fils, pendant qu'il était sous la puissance de l'acheteur, j'ai fait mon testament et je l'y ai omis. Mon testament n'en est pas moins valide ; mais si l'acheteur l'a affranchi, il est retombé sous ma puissance et a cassé le testament où je l'avais omis. Voy. ci-dessus, *liv.* 1, le titre *de l'adoption et de l'émancipation*, *sect.* 2. Il en est autrement des autres enfans qui deviennent leurs maîtres par une seule mancipation.

(3) Justinien a voulu que cette loi fût ainsi entendue, parce qu'il a voulu que le droit commun des particuliers fût aussi celui de l'Empereur ; mais l'auteur de cette loi, Théodose-le-Jeune, voulait qu'on l'entendît autrement ; c'est-à-dire, en ce sens qu'un testament écrit ne pût pas être cassé par un testament noncupatif postérieur, dans lequel l'Empereur ou quelque personne puissante étaient institués héritiers ; en quoi il donnait moins d'avantage aux grands et à lui-même, qu'aux particuliers qui se trouvaient utilement institués dans un second testament, même noncupatif, lorsqu'il était régulièrement fait ; d'où suit que ce second testament cassait le premier. Voy. Jacques Godefroy, sur cette loi 5, *cod. Théod., des testamens.*

IV. Illud patet quod « si binæ tabulæ proferantur diversis temporibus factæ, unæ prius, aliæ postea, utræque tamen septem testium signis signatæ, et apertæ posteriores vacuæ inventæ sint, id est, nihil scriptum habentes omnino, superius testamentum non est ruptum, quia sequens nullum est », *l.* 11, Ulp. *lib.* 46. *ad ed.*

V. Modo autem jure factum fuerit posterius testamentum, sicque ut ex eo heres esse potuerit, statim rumpitur prius; nec convalescit ex eo quod posterius infirmatum postea fuerit.

Hinc in ea specie : « Miles jure communi testatus, postea testamento jure militiæ super bonis omnibus facto, post annum (1) militiæ vita decesserat : prioris testamenti, quod ruptum esse constabat, non redintegrari vires constitit ». *l.* 36. §. *fin. ff.* 29. 1. *de testam. mil.* Paul. *lib.* 6. resp.

Hinc et in alia specie in qua posthumus posteriori testamento præteritus est, Ulpianus ait : « Sed et si sit ante hoc, aliud testamentum a quo posthumus exheredatus sit ; placet, sive post mortem testatoris nascatur, sive vivo testatore, utrumque ruptum esse, et superius per inferius, et inferius per posthumum ». *l.* 3. §. 4. Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

VI. Similiter non ideo minus rumpitur prius testamentum, quod heres in posteriori testamento scriptus ne nascatur quidem, modo nasci potuerit.

Quinetiam, « si quis posthumos, quos per ætatem aut valetudinem (2) habere forte non potest, heredes instituit, superius testamentum rumpitur : quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate ». *l.* 9. *ff.* 28. 2. *de lib. et posth.* Paul. *lib.* 1. *ad Sab.*

Secus si ille institutus esset, quem et sperare inhonestum sit. Hinc statim subditur : « Sed si ex ea, quæ alii nupta sit, posthumum quis heredem instituerit, ipso jure non valet, quod turpis sit institutio ». *d. l.* 9. §. 1.

Et generaliter : « Sed si ex ea, quam nefas sit (3) ducere, posthumum heredem instituero, non putat rumpi testamentum Pomponius ». *d. l.* 9. §. 3.

---

(1) Hujus anni lapsu infirmatur secundum testamentum jure militari confectum, utpote quod non valeat, nisi testator intra annum a die missionis decedat. Vid. infra, *lib. seq. tit* 1. *de testam. milit.*

(2) Secus, si natura generare non possit. Vid. supra *lib.* 28. *tit.* 2. *de lib. et posth. n.* 25.

(3) Ita, si absolute duci non potest. Secus, si ob impedimentum quod removeri honeste sperari possit. Vid. supra *d. tit.* 2. *de lib. et posth. n.* 27.

IV. Il est évident que, « si l'on présente deux testamens faits en différens tems, l'un et l'autre souscrits par sept témoins, que le premier ouvert soit le dernier fait, et ne présente rien d'écrit, il ne cassera pas le premier puisqu'il sera nul lui-même ».

V. Mais pourvu que le dernier testament soit régulièrement fait, et que l'héritier institué puisse hériter d'après les dispositions qu'il renferme; le premier est cassé de fait et ne peut pas être validé, parce que le second serait annullé dans la suite.

C'est pourquoi, dans l'espèce suivante : « Un militaire ayant testé de la manière ordinaire, avait ensuite testé militairement, et est mort dans l'année d'après son congé (1); il parut constant que son premier testament ne devait pas être revalidé, parce qu'il avait été évidemment cassé ».

C'est pourquoi Ulpien dit aussi dans une autre espèce, où un posthume avait été omis dans un second testament, « et même, s'il y a un plus ancien testament où le posthume soit déshérité, il a été décidé que l'un et l'autre testamens étaient cassés, soit que le posthume fût né avant ou après la mort du testateur; savoir, le premier, par le second, et le second, par le posthume ».

« VI. Cet ainsi qu'un premier testament n'est pas moins cassé, quoique l'héritier institué par le second ne naisse pas, pourvu qu'il ait pu naître.

Et même, « si quelqu'un a institué des posthumes dont il ne pouvait pas être le père, à cause de son âge ou de sa mauvaise santé (2), son premier testament est cassé parce qu'il faut plutôt considérer la raison et l'usage, qui veulent qu'un homme ait naturellement des enfans, qu'un accident passager ou une santé affaiblie qui paraîtrait pouvoir l'en empêcher ».

Il en est autrement de celui qui a institué héritier un enfant, qu'il était déshonnête d'espérer de lui; c'est pourquoi on lit immédiatement : « Mais si quelqu'un a institué l'enfant qui devait naître d'une femme mariée à un autre, son institution est nulle de droit, parce qu'elle est honteuse ».

Mais en général, si j'ai institué héritier l'enfant d'une femme qu'il m'était défendu d'épouser (3), suivant Pomponius, le testament n'est pas rompu ».

---

(1) Le second testament fait suivant le droit militaire, est cassé par le laps de sept années, puisqu'il est nul à moins que le testateur ne soit mort dans l'année du jour de son congé. Voy. ci-après, *liv. suiv.* le titre *des testamens militaires.*

(2) Il en est autrement s'il est naturellement incapable d'avoir des enfans. Voy. ci-dessus, le titre *de l'institution et de l'exhérédation des enfans et des posthumes.*

(3) Il en est ainsi s'il ne peut pas absolument l'épouser, mais non si c'est par un empêchement qu'il puisse espérer de vaincre. Voy. ci-dessus, *d. tit., de l'institution et de l'exhérédation des enfans et des posthumes*, n. 2.

A fortiori, « quum in secundo testamento heredem eum qui vivit instituimus, sive pure, sive sub conditione (si tamen conditio existere potuit (1), licet non extiterit), superius testamentum erit ruptum. Multum autem interest qualis conditio posita fuerit; nam aut in præteritum concepta ponitur, aut in præsens, aut in futurum ».

« *In præteritum* concepta ponitur, veluti, *si Titius consul fuit :* quæ conditio, si vera est (id est, si Titius consul fuit), ita est institutus heres, ut superius testamentum rumpatur : tunc enim ex hoc heres esset. Si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum (2) ».

« Quod si *ad præsens* tempus conditio adscripta est herede instituto, veluti, *si Titius consul est :* eumdem exitum habet; ut, si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur; si non sit, nec possit heres esse, nec superius testamentum rumpatur ».

« *In futurum* autem collatæ conditiones, si possibiles sunt (existere poterunt, licet non extiterint), efficiunt ut superius testamentum rumpatur, etiamsi non extiterint : si vero impossibiles sunt, veluti, *Titius si digito cœlum tetigerit*, heres esto; placet perinde esse quasi conditio adscripta non sit, quæ est impossibilis (3) ». *l.* 16. Pomp. *lib.* 2. *ad Mucium.*

VII. Denique generaliter tenendum est, prius testamentum rumpi quoties fieri potest ut ex posteriori testamento heres existat, quamvis etiam fieri possit ut non existat.

Hinc in hac specie : « Pater filio impuberi servum heredem substituit, liberumque esse jussit. Eum pupillus vendidit Titio : Titius eum, jam primo testamento facto, in secundo testamento liberum heredemque esse jussit. Superius testamentum Titii ruptum est : quia is servus et heres potest esse (4), et, ut superius testamentum rumpatur, sufficit ita posterius factum esse, ut aliquo casu

(1) Nam si ea fuit quæ existere non potuit, si quidem spectetur illa conditio, efficeret ab initio inutile testamentum; adeoque superius testamentum ratum manebit. Hoc quidem ita stricto jure. Cæterum, quum benigne receptum fuerit talem conditionem non spectari, sed pro non scripta haberi, posterius testamentum in quo talis conditio institutioni heredis adjecta est, valebit; adeoque superius rumpetur, ut in fine legis dicitur.

(2) Quia institutio in posteriori testamento facta, ab initio fuit inutilis. Non potuit ex eo testamento sperari heres; adeoque, quum ab initio non constiterit, non potuit rumpere prius.

(3) Unde concludendum relinquit valere posterius testamentum, adeoque rumpi superius.

(4) Potest enim esse heres Titio hic servus, si substitutio pupillaris eva-

A plus forte raison, « si dans un second testament nous avons institué un héritier déjà né, soit purement et simplement, soit sous condition; quoique cette condition n'ait pas été remplie, pourvu qu'elle ait pu l'être (1), notre premier testament sera cassé; mais il faut bien examiner la condition sous laquelle l'institution a été faite; car elle est relative au passé, au présent ou au futur ».

Elle se rapporte au passé comme, par exemple, s'il est dit pour condition, si Titius a été consul; et si Titius a été consul, l'héritier est institué de manière que le premier testament soit cassé, parce qu'il est dès-lors héritier; mais si Titius n'a pas été consul, le testament n'est pas cassé (2) ».

« Mais si la condition de l'institution étant relative au tems présent est ainsi conçue, si Titius est consul, elle a le même effet, soit que Titius soit ou ne soit pas consul; c'est-à-dire, que l'institué soit héritier, et le testament cassé si Titius est consul, et que si Titius n'est pas consul, il ne peut pas être héritier, ni le testament être cassé ».

« Mais si les conditions qui sont relatives à un événement futur sont possibles, elles pourront être remplies, quoiqu'elles ne l'aient pas été, et feront casser le premier testament, quoiqu'elles ne soient pas remplies; et si elles sont impossibles, comme si le testateur avait dit : *Si Titius touche le ciel du doigt;* il est décidé que ces conditions sont comme impossibles, réputées non avenues (3) ».

VII. Enfin, il faut généralement tenir que le premier testament est cassé, toutes les fois qu'il peut exister un héritier en vertu du second, quoiqu'il puisse arriver qu'il n'en existe pas ».

C'est pourquoi, dans l'espèce suivante : « Un père a substitué un esclave à son fils impubère, et a donné la liberté à cet esclave par cette même substitution; le fils encore pupille l'a vendu à Titius; Titius, depuis un premier testament, en a fait un second, où il lui a donné la liberté et l'a institué son héritier. Le premier testament de Titius est rompu, parce que cet esclave peut être héritier (4), et pour la rescision de ce premier testament, il suffit

(1) Car si cette condition était impossible, elle rendrait le testament nul dès son origine, et par conséquent le premier subsisterait. Il en est ainsi suivant la rigueur du droit; mais comme il a été favorablement reçu de ne pas attendre l'accomplissement de cette condition, mais de la regarder comme non avenue, le second testament où se trouve faite l'institution sous une pareille condition, est maintenue et le premier cassé, comme il est dit à la fin de cette loi.

(2) Parce que l'institution faite dans le second testament a été nulle dès son origine. On n'a pas pu attendre un héritier en vertu de ce testament, qui n'a jamais été valide, et n'a pas pu casser le premier par conséquent.

(3) D'où il laisse à conclure que le second testament est valide, et par conséquent que le premier est cassé.

(4) Car cet esclave peut devenir héritier de Titius si la substitution pu-

potuerit ex eo heres existere ». *l.* 54. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Neratius, *lib.* 1. *memb.*

VIII. Ex constitutione imperatorum Honorii et Theodosii, rumpebatur testamentum decennii lapsu ex quo confectum fuerat. (*l.* 6. *cod. Theod.* 4. 4. *de testam*). Ex constitutione autem Justiniani, cum hujus decennii lapsu concurrere debet contestatio contrariæ voluntatis testatoris, aut in actis manifestata, aut per tres testes probata ». *l.* 27. *cod.* 6. 23. *de testam.*

§. II. *De clausula codicillari.*

IX. Vidimus prius testamentum per posterius rumpi. Et quidem « si paganus (1), qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset fidei heredis committere *ut priores tabulæ valerent* : omnimodo prius testamentum ruptum est. Quo rupto, potest quæri an vice codicillorum id valere deberet? Et quum hæc verba sint fideicommissi, et sine dubio universa quæ illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates, et heredis institutio ». *l.* 12. §. 1. Ulp. *lib.* 4. *disput.*

Et quod hic dicimus, clausulam posteriori testamento insertam *ut prius testamentum valeret*, non obstare quominus rumpatur, sed fideicommissum inducere, obtinet, etiamsi in hoc posteriore testamento heres ex certis rebus sit institutus.

V. G. « si quis priore facto testamento, posterius fecerit testamentum; etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba retuli, quum alia quoque præterea in constitutione expressa sunt. « Imperatores Severus et Antoninus, Cocceio-Campano. Testa» mentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres » scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non » esset : sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi da» tis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat » his qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fidei» commissaria verba, quibus, *ut valeret prius testamentum*, ex» pressum est, dubitari non oportet. Et hoc ita intelligendum » est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento » fuerit scriptum ». *l.* 29. *ff.* 36. 1. *ad senatusconsultum Trebellianum.* Marc. *lib.* 4. *inst.*

X. Cæterum testator prælegata, quæ uni ex heredibus in priori

---

nescat; ut dicitur in novissima parte hujus legis; infra, in append. ad *tit.* 5 et 6. *n.* 12.

(1) Speciem ponit in pagano. Nam militis jure militari testantis plura testamenta esse possunt. Vid. *lib. seq. tit.* 1. *de testam. milit.*

que le dernier soit fait de manière qu'il y ait un cas où il puisse exister un héritier en vertu de ce second testament ».

VIII. D'après la constitution des empereurs Honorius et Théodore, un testament était cassé par le laps de dix ans écoulés depuis sa date ; mais, par une constitution de Justinien, il faut qu'il y ait eu dans cet intervalle une preuve d'intention contraire de la part du testateur, constatée par écrit ou par témoins.

§. II. *De la clause codicillaire.*

IX. Nous avons vu que le premier testament était cassé par le second, et même « si celui qui ayant déjà fait un premier testament en a fait un second, où il a chargé son héritier de soutenir la validité du premier, ce premier testament est absolument cassé, dans le cas où le testateur n'est pas militaire (1); d'où suit qu'on peut demander s'il doit valoir comme codicille; et comme les termes en expriment un fidéicommis, tout ce qu'il contient, c'est-à-dire, les legs, les fidéicommis, même les libertés promises et l'institution d'héritier, doit être incontestablement régi par les lois des fidéicommis ».

Et ce que nous disons ici que la clause insérée, dans un second testament, de faire valoir le premier, n'empêche pas qu'il ne soit cassé, et qu'elle constitue un fidéicommis, a lieu quoique le second testament contienne une institution d'héritiers pour certains biens.

Par exemple, « si quelqu'un ayant fait un premier testament, en a fait un second, quoiqu'il ait institué dans ce second des héritiers pour certains biens, le premier n'en est pas moins annullé par les rescrits de Sévère et d'Antonin. J'en rapporte les termes parce qu'ils contiennent d'autres dispositions : « Les empereurs » Sévère et Antonin à Cocceius Campanus. Le second testament, » quoi qu'il y ait un héritier institué pour certains biens, vaudra » de droit comme s'il ne contenait pas cette institution; mais » l'héritier institué sera tenu de se contenter des choses qui lui » auront été données, ou de la quarte réservée par la loi Falci- » dia, et de restituer l'hérédité aux héritiers institués par le pre- » mier testament, à cause des expressions fidéicommissaires in- » sérées pour faire valoir le premier testament; il ne reste donc » aucun doute à cet égard, à moins que le second testament ne » contienne des dispositions contraires ».

X. Mais le testateur n'est pas censé avoir retracté les premiers

---

pillaire est annullée, comme il est dit dans la dernière partie de cette loi, et dans l'appendice qui suit les titres 5 et 6, *n.* 12.

(1) Il suppose qu'il s'agit d'un citoyen non militaire, parce que les militaires ont le privilége de faire plusieurs testamens. Voy. dans le livre suivant le titre *du testament militaire.*

testamento reliquerat, in posteriori testamento, quo eosdem heredes scripsit, repetiisse non intelligitur, ex eo solo quod cautionem de his incapaci restituendis ab eo herede datam retinuerit. Quapropter ea prælegata non habebit, quamvis ex sua cautione obligetur. Ita judicatum fuisse docet Paulus in specie sequenti.

Statius-Florus testamento scripto, heredis sui Pompeii tacitæ fideicommiserat, ut non capienti fundum et certam pecuniæ quantitatem daret; et eo nomine cautionem a Pompeio exigi curaverat, se restituturum ea quæ ei per præceptionem dederat. Postea idem Florus, facto secundo testamento, et eodem Pompeio et Faustino heredibus institutis, nullas perceptiones Pompeio dederat. Hæc persona, quæ capere non poterat, se detulerat (1). Consulti imperatores a procuratoribus rescripserant, si non probaretur mutatam voluntatem esse, præstandum fideicommissum. Atque ita Pompeius condemnatus desiderabat onus esse id hereditatis oportere, quia præceptiones non acceperat; nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseverasse. Sed in universo pronuntiavit, nec testamentum prius extare, nec si dedisset in primo testamento, ex posteriore peti potuisse, nisi repetitum esset. Placuit, quia non probabat sibi datas præceptiones, ex sola sua cautione solum (2) fideicommissum præstare debere ». *l.* 48. *ff.* 49. 14. *de jur. fisc.* Paul. *lib.* 2. *decret.*

XI. Quod hactenus diximus, posteriori testamento rumpi superius, et etiam ita confirmari, ut, quæ in eo continentur, jure fideicommissi valeant : patet accipiendum esse de posteriori testamento quod sibi testator fecit. Cæterum, « ex pupillari (3) testamento, superius principale nec ex parte, neque in totum confirmari (4) posse Marcianus scripsit ». *l.* 44. 2. *ff.* 6. *de vulg. et pupill. subst.* Paul. *lib.* 10. *quæst.*

ARTICULUS II.

De irrito testamento.

XII. Irritum fit testamentum, aut ex parte testatoris, aut ex parte heredis.

---

(1) Ut partem rerum fisco ob tacitam fidem accommodatam publicandarum pro præmio delationis acciperet. Qua de re vid. infra, *lib.* 49. *tit.* 14. *de jur. fisc.*

(2) *Solum* nempe eum heredem, qui ad præstandum fideicommissum obligatur ex cautione, quam testator retinuit, et circa quam, voluntatem ipsius mutatum esse docere debet qui se obligavit.

(3) Ita hanc legem intelligit Cujacius.

(4) Nam aut superius jure factum erat, aut non. Primo casu, non indiget confirmatione, quum per pupillare testamentum non rumpatur: altero casu, nec valebit pupillare.

legs faits à un de ces héritiers institués dans le premier testament, et réinstitués dans le second, pour cela seul qu'il a retenu la caution à donner relativement à ce qui était à rendre à un légataire incapable. C'est pourquoi ces prélegs n'auront pas lieu quoiqu'ils les eussent garantis par la caution ci-dessus. Paul nous apprend qu'on l'a ainsi jugé dans l'espèce suivante.

« Statius Florus avait tacitement chargé, par son testament, son héritier Pompeius de remettre à un héritier incapable un fonds de terre et une certaine somme d'argent. Il avait exigé de Pompeius une caution pour la restitution de ce qu'il aurait reçu par préciput. Florus ayant ensuite fait un second testament et institué le même Pompeius et Faustinus ses héritiers, n'avait laissé aucun préciput à Pompeius. La personne incapable de recevoir par testament s'était dénoncée elle-même (1); les empereurs, consultés par leurs procureurs, leur répondirent dans un rescrit, que si le changement d'intention n'était pas prouvé, il fallait payer le fidéicommis. Pompeius y ayant été condamné demandait que la succession en fût chargée, parce qu'il n'avait point reçu son préciput, et que le testateur n'était pas censé avoir persévéré en partie dans ses intentions. Mais on prononça sur le tout, que le premier testament ne subsistait plus et que si on ne lui avait rien donné par le premier testament, il ne pouvait demander que ce qui lui était donné par le second. Il fut décidé que le second testament ne lui donnant point de préciput, il devait seul (2) payer le fidéicommis en vertu de sa caution ».

XI. Ce que nous avons dit jusqu'ici, que le premier testament était cassé par un second, mais confirmé en ce qui y était contenu, valait comme fidéicommis, s'entend certainement du second testament que le testateur a fait pour lui-même; car « Marcianus dit qu'un second testament pupillaire (3) ne peut jamais en confirmer un premier (4) même en partie ».

ARTICLE II.

Du testament annullé.

XII. Un testament est annullé ou de la part du testateur ou de la part de l'héritier.

---

(1) Afin d'obtenir pour prix de sa délation une partie des biens confisqués à cause du fidéicommis tacite. Sur quoi voyez ci-après le titre *du droit du fisc*, dans le *liv.* 49.

(2) Seul, c'est-à-dire, l'héritier obligé de payer le fidéicommis en vertu de la caution retenue par le testateur, et à l'égard de laquelle celui qui s'est obligé doit prouver que le testateur a changé d'intention.

(3) Cujas interprète ainsi cette loi.

(4) Parce que le premier était ou n'était pas fait conformément au droit. Dans le premier cas il n'avait pas besoin de confirmation, puisqu'un second testament pupillaire ne le casserait pas; et dans le second le testament pupillaire sera nul.

Ex parte heredis irritum fit, non adita hereditate. Enimvero; « si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur ». *l.* 181. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Paul. *lib.* 1. *ad Vitell.*

XIII. Ex parte testatoris « irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contingit; puta, si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus, V. G., captus; vel si major annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum (1) pretiumve participandum ». *l.* 6. §. 5. Ulp. *lib.* 10. *ad Sab.*

« Quatenus tamen diximus ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adjiciendum est, postliminio reversi vires suas recipere jure postliminii (2); aut, si ibi decedant, lege Cornelia (3) confirmari ». *d. l.* 6. §. 12.

XIV. « Sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia pœna quæ vitam adimit, testamentum ejus irritum fiet ».

« Et non tunc quum consumptus est, sed quum sententiam passus est; nam pœnæ servus efficetur (4) ».

« Nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus. Nam huic permitti solet testari, ut D. Hadrianus rescripsit. Credo, jure militari testabitur. Qua ratione igitur damnato ei testari permittitur? numquid et si quod ante habuerit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero pœna irritum factum reficiendum est? Et, si militari jure ei testandum sit, dubitari non oportet quin, si voluit id valere, fecisse id credatur ». *d. l.* 6. §. 6.

Quemadmodum autem ejus, qui captus est ab hostibus, testamentum irritum factum, vires suas recipere dicimus si reversus fuerit, simili ratione dicendum est, « ergo et si quis damnatus capite, in integrum indulgentia principis sit restitutus, testamentum ejus convalescet ». *sup. d.* §. 12. *v. ergo.*

XV. « Ejus qui deportatur, non statim irritum fiet testamen-

(1) Id est, ut *actor* esset ejus cui se venumdabat : quam servilem actoris (*intendant de maison*) conditionem quidem libertati præferebant. Adde Cujacium ad *l.* 1. *cod.* 11. 36. *ne quis liber invitus, etc.* Hotomannus putat intelligendum de eo qui se vendidit ut fieret actuarius publicus.

(2) Vid. *l.* 22. *pp. et* §. 1. *ff.* 49. 15. *de captivis et postlim.*

(3) Quæ fingit captivos, jam ultimo quo cives esse desierunt momento mortuos.

(4) Hodie, ex Novella 22, *cap.* 8, nemo pœnæ servus.

Un testament devient nul de la part de l'héritier lorsqu'il n'accepte pas la succession. En effet, « si personne n'accepte la succession, le testament n'a ni force ni effet ».

XIII. Par rapport au testateur, « le testament devient nul toutes les fois qu'il arrive au testateur de perdre le droit de cité en passant immédiatement en servitude, ou d'être pris par les ennemis, ou de permettre, après sa majorité, qu'on le vende pour esclave chargé d'affaires (1), s'il a partagé le prix de sa liberté ».

« Quant à ce que nous avons dit que le testament de celui qui avait été pris par les ennemis était nul, il faut ajouter que ce testament reprend toute sa force quand il en est revenu, en vertu du droit de retour (2), et que, s'il mourait chez les ennemis, son testament serait maintenu par la loi Cornélia (3) ».

XIV. « Et même si quelqu'un a été condamné à être décapité, à combattre contre les bêtes ou comme gladiateur, ou enfin à tout autre peine capitale, son testament restera nul ».

« Et non-seulement lorsqu'il a subi sa peine, mais encore dès qu'elle a été prononcée, parce qu'il est dès-lors esclave de la peine (4) ».

« A moins qu'il ne fût militaire et condamné pour un délit militaire; car on a coutume de permettre aux militaires de faire un testament, comme le dit Adrien dans son rescrit. Je crois qu'il doit tester suivant le droit militaire. Pourquoi donc lui permettre de tester après avoir été condamné; le testament qu'il aurait fait auparavant, et quand il lui était permis de le faire, ne serait-il plus valide? Comment pourrait-il le refaire s'il était annullé par sa condamnation? et s'il droit tester d'après le droit militaire, on ne peut pas douter qu'il ne l'ait fait s'il a voulu que son testament valût ».

Et comme nous disons que le testament de celui qui a été pris par les ennemis, et annullé par sa captivité, redevient valide par son retour, il faut dire par la même raison que, « si quelqu'un ayant été condamné à une peine capitale, a été restitué en entier par faveur du prince, son testament sera maintenu ».

XV. « Le testament de celui qui est déporté n'est annullé que

(1) C'est-à-dire, pour être l'intendant de celui qui l'achetait, condition que quelques personnes préféraient à la liberté. Ajoutez l'opinion de Cujas sur la *l.* 1, au *cod. de la défense de forcer l'individu libre de gérer les affaires de la république, etc.* Hottomann pense que cela doit s'entendre de celui qui s'est vendu pour être greffier public.

(2) Voyez *l.* 22. *pp. et* §. 1. au *ff. des captifs chez l'ennemi et du droit de retour.*

(3) Qui fait réputer les captifs morts au moment où ils ont cessé d'être citoyens romains.

(4) Aujourd'hui, par la Novelle 22, *chap.* 8, personne n'est plus esclave de la peine.

mentum, sed quum princeps factum comprobaverit : tunc enim capite minuitur (1) ».

« Sed et si de decurione puniendo, vel filio nepoteve, præses scribendum principi interlocutus (2) est, non puto statim servum pœnæ factum, licet in carcere soleant diligentioris custodiæ causa recipi. Nec hujus igitur testamentum irritum fiet, priusquam princeps de eo supplicium sumendum rescripserit. Proinde, si ante decesserit, utique testamentum ejus valebit, nisi mortem sibi conscivit. Nam eorum, qui mori magis quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita constitutiones faciunt, licet in civitate decedant. Quod si quis tædio vitæ, vel valetudinis adversæ impatientia, vel jactationis, ut quidam philosophi (3) [illegible] ea causa sunt ut testamenta eorum valeant ».

« Quam distinctionem in militis quoque testamento divus Hadrianus dedit, epistola ad Pomponium-Falconem : ut, si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, irritum sit ejus testamentum. Quod si tædio vitæ, vel dolore, valere testamentum; aut si intestato decessit, cognatis; aut, si non sint, legioni (4) ista sint vindicanda ». *d. l.* 6. §. 7.

XVI. « Hi autem omnes, quorum testamenta irrita damnatione fieri diximus, si provocaverint, capite non minuuntur. Atque ideo neque testamenta quæ antea fecerunt, irrita fient; et tunc testari poterunt. Hoc enim sæpissime est constitutum. Nec videbuntur quasi de statu suo dubitantes non habere testamenti factionem : sunt enim certi *status*, nec ipsi de se interim certi ». *d. l.* 6. §. 8.

« Quid tamen si appellationem ejus præses non recepit, sed imperatori scribendo pœnam remoratus est? Puto hunc quoque suum statum interim retinere, nec testamentum irritum fieri. Nam

(1) Præsides deportandi jus non habent; adeoque sententia deportationis a præside lata, non ante valet quam fuerit confirmata a principe : infra, *lib.* 48. *tit.* 19. *de pœnis*. Non prius igitur condemnatus capite minuitur, et non prius infirmatur ejus testamentum. Secus obtinet, quum præfectus Urbi aliquem deportavit. Quum enim hic jus deportandi ex lege habet (ut vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 12. *de offic. præf. urb.*), non necesse habet illud expectare a principe. Ab eo igitur deportatus, statim capite minuitur; ejusque testamentum statim infirmatur.

(2) De hoc privilegio vid. infra, *lib.* 50. *tit.* 2. *de decurionib.*

(3) Hoc de peregrino philosopho cynico refert Lucianus *de morte peregrini*.

(4) Bona militum sine successore decedentium legioni deferebantur, excluso fisco. Vid. append. ad *lib.* 38.

quand le prince a approuvé sa déportation, parce que jusques-là il n'a pas encore changé d'état (1) ».

« Et même si c'est pour la punition d'un décurion, d'un fils ou d'un petit-fils, que le président a ordonné d'écrire au prince (2), je ne pense pas qu'il devienne sur-le-champ esclave de la peine, quoiqu'on le tienne en prison pour plus grande surveillance. Son testament ne sera donc annullé que quand le prince aura répondu qu'il doit subir sa peine; d'où suit que s'il meurt avant cette réponse son testament sera valide, à moins qu'il ne se soit donné la mort; car les constitutions des princes déclarent nuls les testamens de ceux qui ont mieux aimé se donner la mort que de subir la peine d'un crime dont ils se sentaient coupables, quoiqu'ils meurent dans l'état de citoyens. Mais les testamens de ceux qui se donnent la mort, parce qu'ils sont ennuyés de la vie, parce qu'ils n'ont pas le courage de supporter leurs maux, ou par un orgueil philosophique (3), ne sont pas nuls pour cela ».

« L'empereur Adrien a étendu cette distinction aux testamens des militaires, dans un rescrit adressé à Pomponius Falco, et ils sont aussi annullés si leur auteur s'est donné la mort pour éviter un châtiment militaire; mais si c'était par ennui de la vie, ou pour mettre fin à ses douleurs, le testament ne serait pas nul; et s'il mourait *ab intestat*, ses biens appartiendraient à ses cognats, s'il en avait, ou à sa légion dans le cas contraire (4) ».

XVI. « Mais tous ceux dont nous avons dit que les testamens étaient annullés par une condamnation capitale, ne changent point d'état s'ils appellent du jugement. C'est pourquoi les testamens qu'ils ont précédemment faits ne sont point cassés, et ils peuvent en faire d'autres en cet état. Ainsi l'ont déclaré plusieurs constitutions, et ils ne peuvent pas être censés privées de cette faculté comme étant dans un état douteux, parce qu'ils ont un état certain quoiqu'ils soient incertains de leur sort ».

« Mais que faut-il dire cependant si le condamné a voulu retarder sa peine en écrivant à l'empereur, ou si l'empereur ne lui a pas répondu? Je pense qu'il reste aussi dans son état et que son tes-

(1) Les présidens n'ont pas le droit de déporter; et, par conséquent la sentence de déportation qu'ils ont prononcée ne vaut que quand elle a été confirmée par le prince. Voy. ci-après, *liv.* 49, le titre *des peines*; d'où suit que le condamné ne change point d'état, et que son testament n'est point annullé jusques-là. Il en est autrement de ceux qui ont été déportés par le préfet de la ville; car la loi lui donnant le droit de déportation, comme on l'a vu ci-dessus, *liv.* 1, au titre *des attributions du préteur de la ville*. Il n'a pas besoin d'attendre une réponse du prince, celui qu'il a déporté a donc aussitôt changé d'état, et son testament a été aussitôt annullé.

(2) Sur ce privilége voyez le titre *des mineurs*, ci-après, *liv.* 50.

(3) C'est ce que rapporte Lucien d'un philosophe cynique étranger. Voy. *de la mort des étrangers*.

(4) Les biens des militaires morts sans successeurs étaient déférés à leur légion à l'exclusion du fisc. Voy. ci-après l'appendice du *liv.* 38.

(ut est oratione divi Marci expressum), tametsi provocantis, vel ejus pro quo provocatur, appellatio non fuerit recepta; pœna tamen sustinenda est, quoad princeps rescripserit ad litteras præsidis, et libellum rei cum litteris missum. Nisi forte latro manifestus, vel seditio prærupta factioque cruenta, vel alia justa causa, quam mox præses litteris excusaverit, moram non recipiant, non pœnæ festinatione, sed præveniendi periculi causa. Tunc enim punire permittitur, deinde scribere ». *d. l.* 6. §. 9.

XVII. « Quid si quis fuerit damnatus illicite, pœna non sumpta? An testamentum ejus irritum fiat, videamus, ut puta decurio ad bestias (1), an capite minuatur, testamentumque ejus irritum fiat? Et non puto, quum sententia eum non tenuerit. Ergo et si quis eum, qui non erat jurisdictionis suæ, damnaverit, testamentum ejus non erit irritum, quemadmodum est constitutum ». *d. l.* 6. §. 10.

XVIII. Non solum autem eorum qui capite sunt damnati, « sed ne eorum quidem testamenta rata sunt, sed irrita fient, quorum memoria post mortem damnata est, ut puta ex causa majestatis, vel alia tali causa ». *d. l.* 6. §. 11.

XIX. « Filiifamilias veterani, sui juris morte patris facti, testamentum irritum non fieri constat. Nam quantum ad testandum de castrensi peculio, pro patrefamilias habendus (2) est. Et ideo nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani testamentum, verum est ». *d. l.* 6. §. 13.

Et alibi similiter : « Miles filiusfamilias si capite minutus fuerit, vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre suo, testamentum ejus valet [quasi (3) ex nova voluntate] ». *l.* 22. *ff.* 29. 1. *de testam. milit.* Marcian. *lib.* 4. *instit.*

« Idem, et si paterfamilias miles de castrensibus rebus duntaxat (4) testatus adrogandum se dederit. Si vero missus jam hoc fecerat, non valet (5) testamentum ». *l.* 23. *d. tit.* Tertull. *lib. singul. de castr. pecul.*

---

(1) Hæc pœna, ut et quædam aliæ, in solos plebeios cadebant, de qua re vid. infra, *lib.* 48. *tit.* 19. *de pœnis.*

(2) Adeoque, quantum ad hæc bona, statum non mutat.

(3) Delenda verba, *quasi ex nova voluntate*, quæ malum glossema esse puto. Nec enim opus est hoc casu testamentum militis ex nova ejus voluntate confirmari; utpote quum non fiat irritum; et quoad castrensia de quibus in eo testatus est, miles non videatur capite minui. Hoc patet ex lege præcedenti, et ex ea quæ sequitur.

(4) Nam si de paganicis testatus esset, irritum fieret testamentum militis adrogatione.

(5) Quia missus paterfamilias qui communi jure testari potest.

tament n'est pas annullé, parce que, suivant la constitution de Marc-Aurèle, quoique son appel ou celui de son procureur n'ait pas été reçu, il faut suspendre la peine jusqu'à ce que le président ait reçu la réponse du prince et la requête de l'appelant; à moins que ce ne soit un voleur manifeste dont la troupe menace d'une sédition dangereuse, ou que le président ne voie dans la demeure quelque danger qu'il se réserve d'expliquer, cas auxquels il peut punir avant d'écrire, non pas pour hâter le supplice du coupable, mais pour prévenir le danger qu'il y aurait à le différer ».

XVII. « Que faut-il dire du cas où l'accusé aurait été illicitement condamné? Son testament serait-il annullé avant qu'il eût subi sa peine? Comme, par exemple, si l'on avait condamné un décurion aux bêtes (1), aurait-il changé d'état et son testament aurait-il été annullé? C'est ce que je ne pense pas, son jugement n'ayant pas été maintenu. Si donc quelqu'un avait été condamné par un juge incompétent, son testament ne serait pas annullé; ainsi l'énoncent plusieurs constitutions ».

XVIII. Mais ce n'est pas seulement de ceux qui ont été condamnés à une peine capitale, « c'est aussi de ceux dont la mémoire a été flétrie après leur mort, par exemple, pour crime de lèse-majesté ou autres semblables, que les testamens, non-seulement ne sont pas maintenus, mais sont annullés ».

XIX. « Les fils de famille, vétérans devenus maîtres par la mort de leur père, peuvent validement tester, parce qu'ils sont réputé pères de famille (2) relativement à la faculté de disposer par testament de leur pécule castrense. C'est pourquoi il est vrai de dire que le testament d'un militaire ou d'un vétéran n'est pas annullé même par son émancipation ».

Il est également dit ailleurs que « le testament du fils de famille, militaire, qui a changé d'état, qui a été émancipé, ou donné en adoption par son père, est maintenu et non annullé (3) ».

« Il en est de même si un père de famille militaire n'a disposé, par testament, que de ses biens castrenses avant de se donner en adrogation (4); mais s'il a testé depuis son congé, son testament est nul (5) ».

---

(1) Il n'y avait que les plébéïens qui fussent soumis à cette peine et à quelques autres. Sur quoi voyez le titre *des peines*, ci-après, *liv.* 49.

(2) Et par conséquent ne change point d'état par rapport à ces biens.

(3) Il faut effacer les mots *quasi ex nova voluntate* que je regarde comme une mauvaise glose, puisque le testament d'un militaire n'a pas besoin dans ce cas d'être confirmé par un nouvel acte de sa volonté, comme n'étant point annullé par rapport à ces biens castrenses dont il a testé, et n'ayant point lui-même changé d'état, comme on le voit par la loi précédente et par ce qui suit.

(4) Car s'il eût testé de ses autres biens, son testament serait annullé par son adrogation.

(5) Parce qu'un père de famille qui, après son congé, peut tester suivant

TITULUS IV.

De his quæ in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

I. « *Quæ* in testamento legi possunt (1), ea inconsulto deleta et inducta nihilominus valent; consulto non valent. Id vero quod non jussu domini scriptum, inductum, deletumve est, pro nihilo est ».

« *Legi* autem, sic accipiendum est : non intelligi, sed oculis perspici quæ sunt scripta. Cæterum, si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi (2) posse. Sufficit autem si legibilia sint ».

« *Inconsulto deleta*, sive ab ipso, sive ab alio, sed nolentibus (3) ».

« *Inducta* accipiendum est, et si perducta (4) sint ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 15. *ad Sab.*

« Quod igitur incaute factum est, pro non facto est, si legi potuit ».

« Et ideo, etsi novissime (ut solet) testamento fuerit adscriptum, *lituras*, *inductiones*, *superinductiones ipse feci*; non videbitur referri ad ea quæ inconsulto contigerunt. Proinde et si inconsulto superscripsit *induxisse se*, manebunt : et, si ademit (5), non erunt adempta ». *d. l.* 1. §. 1.

II. *Corollarium* : « Sed consulto quidem deleta, exceptione petentes repelluntur. Inconsulto vero, non repelluntur, sive legi

---

castrensibus testari non potest; sed debet de omni sua hereditate testari. *l.* 13. §. 1. *ff.* 29. 1. *de testam. mil.*

(1) Imo interdum et quæ legi non possunt : ut infra mox dicetur, *d. l.* 1. §. 3.

(2) Ea enim demum dicimus *legi* posse, quæ ipsa oculis perspiciuntur, non ea quæ duntaxat extrinsecus intelliguntur.

(3) Id est, præter nostram voluntatem. Non solum enim quod alius sed et quod non ipsi delevimus, interdum præter nostram voluntatem deletur; ut si incogitanter deleamus.

(4) *Perducta*, id est, cancellata. Gothofred.

(5) Jure quidem prætorio, ut bonorum possessio *secundum tabulas* detur, necesse est extare tabulas : ut videb. infra, *lib.* 37. *tit.* 11. *de bon. poss. secund. tab.* At jure civili, testamentum quod jure factum est, valet; quamvis tabulæ testamenti aliquo casu amissæ extare desierint : ita enim intelligendum quod hic dicitur, *si totum non extet.* A fortiori quum illæ extant, licet aliqua pars earum inconsulto deleta legi non possit, tamen debet valere quod relictum est, modo de eo aliunde constet.

TITRE IV.

Des choses qui sont effacées dans un testament, et de celles qui y sont ajoutées ou inscrites.

I. « Les choses qui se trouvent effacées sans intention dans un testament, et qu'on peut encore lire (1), n'en valent pas moins, mais il n'en est pas ainsi de celles qui ont été effacées à dessein, et ce qui y a été rayé, ou effacé sans l'ordre du testateur, est réputé ne l'avoir pas été ».

« Mais par être lu on n'entend pas être compris, on entend être aperçu à l'œil comme ayant été écrit, et il ne suffit pas de comprendre extérieurement pour lire (2); mais il suffit que les choses soient lisibles ».

« Par effacé sans intention, on entend ce qui l'a été par le testateur lui-même ou par tout autre, sans qu'ils eussent intention de l'effacer (3).

« Par rayé, on entend ce qui a été annullé (4) ».

« Ainsi, tout cela fait sans intention, est censé n'avoir point été fait dès qu'on peut encore lire ».

Et par conséquent, si le testateur a écrit, comme c'est l'usage, que c'est lui qui a fait les ratures, les surcharges, etc., on ne les regardera pas comme faites sans dessein, et s'il a écrit sans le vouloir, que c'est lui qui les a faites, elles subsisteront; comme aussi dans le cas où il les aurait écrites de la même manière (5), qu'il en rétractait le contenu ».

II. *Corollaire.* « Ceux qui demandent en vertu de dispositions effacées à dessein, sont repoussés par une exception, et non ceux

---

le droit commun, ne peut plus tester seulement de ses biens castrenses, mais doit tester de tous ses biens. *l.* 13. §. 1. *des testamens militaires.*

(1) Et quelquefois même ce qui ne peut pas être lu, comme on va le voir *d. l.* 1. §. 3.

(2) Car nous disons qu'on peut lire ce qu'on peut voir, et seulement concevoir extérieurement.

(3) C'est-à-dire, sans notre consentement; car non-seulement ce qu'un autre a effacé, mais encore ce que nous avons effacé nous-mêmes, peut l'avoir été sans notre consentement, comme quand nous l'avons effacé sans y penser.

(4) C'est-à-dire, barré. Godefroy.

(5) Dans le droit prétorien, pour obtenir la possession des biens en vertu du testament, il faut qu'il existe, comme on le verra *liv.* 37, *tit. de la possession des biens suivant le testament.* Mais en droit civil un testament régulièrement fait vaut quoiqu'il ait été perdu et qu'il n'existe plus; car c'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit : *s'il manque en entier;* et à plus forte raison lorsqu'il existe, quoiqu'il y en ait une partie qu'on ne puisse pas lire parce qu'elle se trouve effacée sans dessein, le reste doit valoir, pourvu qu'il s'explique d'ailleurs.

possunt, sive non possunt: quoniam si totum testamentum non extet (1), constat valere omnia quæ in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones: si vero alius invito testatore, non denegabuntur ». *d. l.* 1. §. 3.

Quod de lituris inconsulto factis dicimus, et de cancellatione dictum puta. Unde species sequens: « Lucius - Titius integra mente et valetudine, testamentum fecit uti oportet. Postea quum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quæro an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, non ideo minus adiri mosse ». *l. fin. ff.* 28. 3. *de inj. rupt. testam.* Scæv. *lib.* 13. dig.

Quod tamen diximus, valere inconsulto deleta, sive legi possunt, sive non possunt, non semper verum est. Ait enim idem Ulpianus: « Sed si legi non possunt quæ inconsulto deleta sunt, dicendum est non deberi; sed hoc ita demum, si ante consummationem (2) testamenti factum est ». *d. l.* 1. §. 2.

III. Quæ autem consulto deleta sunt, non valent.

Hinc, « si quis codicillos in testamento confirmavit, et codicillis aliquid adscripsit, mox delevit, ita ut appareat, an debeatur? Et Pomponius scribit codicillos deletos non valere ». *d. l.* 1. §. *fin.*

Sic autem, non legatum duntaxat, sed « et hereditatis portio adempta, vel tota hereditas, si forte sit substitutus, jure facta vi-

(1) Etsi dixerit se adimere quæ deleta sunt, hæc quæ inconsulto deletæ sunt, non erunt adempta.

(2) Quum testator hac formula consummavit testamentum, *uti his ceris scripta sunt, ita do lego, ita testator;* non potest videri testatus esse de eo quod jam, licet inconsulto, ita deletum erat, ut legit non possit. Quod enim ita deletum est, pro eo est ac si non esset scriptum; ait autem se dare, legare *uti scripta sunt.* At si demum post testamenti consummationem quid in eo deletum sit, licet ita deletum sit ut legi non possit, si tamen aliunde appareat quid scriptum fuerit, valebit hoc quod inconsulto deletum est.

Sed videtur obstare lex unica *ff.* 37. 2. *si tab. test. ext.* ubi possessio *secundum tabulas* non datur, si ante prolatas tabulas nomen heredis deletum sit. Cujacius solvit, ita in bonorum possessione *secundum tabulas* obtinere quia jure prætorio scriptura pertinet ad substantiam testamentorum. Dices: atqui etiam jure prætorio datur bonorum possessio secundum nuncupationem? Ita sane: sed utilis et *decretalis* duntaxat. In lege autem opposita agitur de *edictali.* Et quidem recte putat Cujacius in specie qua inconsulto deleta est scriptura, posse etiam hanc *decretalem* bonorum possessionem secundum defuncti voluntatem dari.

qui demandent en vertu de celles qui l'ont été sans dessein, soit qu'on puisse ou qu'on ne puisse pas les lire; et en effet, quand tout le testament n'existerait plus (1), il est constant que tout ce qui y aurait été écrit serait exécuté, et que si le testateur l'avait déchiré lui-même, il ne produirait pas d'actions; mais qu'il en produirait si c'était un autre qui l'eût lacéré sans son consentement ».

Ce que nous avons dit des ratures faites à dessein, s'entend aussi des cancellations : de là l'espèce suivante : « Lucius-Titius sain d'esprit et de corps, a fait un testament suivant les règles. Etant ensuite tombé malade, et ayant perdu l'usage de la raison, il l'a déchiré. On demandait si les héritiers institués par ce testament, pouvaient accepter la succession. J'ai répondu que ce que l'on alléguait ne pouvait pas les en empêcher ».

Cependant, ce que nous avons dit, que les dispositions rayées sans intention n'en valaient pas moins, soit qu'on pût ou qu'on ne pût pas les lire, n'est pas toujours vrai; car Ulpien dit : « Si les dispositions rayées sans intention ne peuvent pas être lues, elles ne doivent pas être exécutées; mais il n'en est ainsi, qu'autant qu'elles ont été rayées avant la consommation du testament, et qu'il n'apparaît pas de ce qu'elles contenaient (2) ».

III. Mais ce qui a été rayé avec intention est nul.

C'est pourquoi, « si un testateur a confirmé un codicille par son testament; qu'il ait fait des dispositions dans ce codicille, et qu'il les ait ensuite rayés, devront-elles être exécutés ? Pomponius dit que ces dispositions rayées sont nulles ».

Mais, non-seulement un legs, mais encore « une portion ou la totalité de la succession ainsi ôtée, ne sera pas censée rétractée aux

(1) Quand il aurait dit qu'il retranchait ce qui était rayé, ce qu'il aurait rayé sans dessein ne serait pas retranché.

(2) Lorsque le testateur a consommé son testament par cette clause, *je donne et lègue par mon testament ce qui y est écrit;* il ne peut pas être censé avoir donné ce qu'il y a effacé, quoique sans dessein, de manière à ne pouvoir pas être lu; parce que ce qui est ainsi effacé doit être réputé n'avoir pas été écrit, puisqu'il dit qu'il donne et lègue ce qui est écrit; mais si après avoir terminé son testament il en a effacé quelque chose, quoiqu'on ne puisse pas le lire, ce qui a été effacé sans dessein n'en vaudra pas moins, si cependant il apparaît de ce qu'il avait écrit.

Ce qui toutefois semble être contredit par la *l.* 1. *ff. si le testam. exist*, où il est dit que la possession des biens n'est point donnée en vertu du testament, si le nom de l'héritier y a été effacé avant qu'il fût produit. Cujas résout cette difficulté en disant : il en est ainsi par rapport à la possession des biens donnés en vertu du testament, parce que dans le droit prétorien l'écriture fait partie de l'essence du testament. On peut objecter que dans le droit prétorien la possession des biens est donnée en vertu d'une institution verbale. Cela est vrai; mais la possession ainsi donnée n'est qu'une possession utile et décrétale; au lieu que dans la loi opposée il s'agit d'une possion édictale; et Cujas a raison de penser que dans l'espèce dont il s'agit d'écriture effacée, on peut donner cette possession des biens édictale en vertu des dernières volontés du défunt.

debitur; non quasi adempta, quoniam hereditas semel data adimi facile (1) non potest; sed quasi nec data ». *d. l.* 1. §. 4.

Sed etsi non sit substitutus, omni jure excidit heres etiam ex asse scriptus, cujus institutio consulto deleta erit. Sed hoc casu legata valere posse decrevit Antoninus, ut Marcellus refert. Ita ille :

« Proxime (2) in cognitione principis, quum quidam heredum nomina induxisset; et bona ejus, ut caduca, a fisco vindicarentur (3), diu de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis quæ adscripta erant his quorum institutio fuerat inducta. Plerique, etiam legatarios excludendos existimabant : quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset, nonnullos opinari id jure ipso perimi quod inductum sit, cætera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est quam tutius* ».

« Sententia imperatoris Antonini-Augusti, Pudente et Pollione consulibus. « *Quum* Valerius-Nepos mutata voluntate et inciderit » testamentum suum, et heredum nomina induxerit, hereditas » ejus, secundum divi patris mei constitutionem, ad eos, qui » scripti fuerunt, pertinere non videtur ». Et advocatis fisci dixit : Vos habetis judices vestros. Vivius Xeno dixit : *Rogo*, domine Imperator, audias me patienter : de legatis quid statues? Antoninus Cæsar dixit : *Videtur* tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit? Cornelius-Priscianus, advocatus Leonis, dixit : *Nomina* heredum tantum induxit. Calpurnius-Longinus, advocatus fisci, dixit : *Non* potest ullum testamentum valere quod heredem non habet. Priscianus dixit : *Manumisit* quosdam et legata dedit. Antoninus Cæsar, remotis omnibus quum deliberasset, et admitti rursus eosdem jussisset, dixit : « *Causa* præsens » admittere videtur humaniorem interpretationem ; ut ea duntaxat » existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quæ induxit ». No-

(1) Nec enim adimi potest nisi per posterius testamentum ; quod rumpat prius in quo data erat.

(2) Id est, nuper ad audientiam principis hæc species relata est.

(3) Quum quis induxit nomina heredis, videtur eos indignitatis insimulare ; adeoque hereditatem, quam ipsis reliquit, ut indignis, fiscus auferat. Hoc ita, nisi probetur eo animo fecisse testatorem ut intestatus moreretur. Infra, *l.* 4. *h. tit.* et *l.* 1. §. penult. *ff.* 38. 6. *si tab. test. null. ext.*

yeux du droit, s'il y a un héritier substitué, parce qu'une succession une fois donnée ne doit pas être facilement ôtée (1); mais elle sera censée n'avoir point été donnée ».

Et même, quand il n'y aurait point d'héritier substitué, l'héritier institué pour toute la succession, dont l'institution aurait été rayée, perdrait tous ses droits à cette succession; toutefois Antonin a décidé que les legs n'en seraient pas moins maintenus, comme le rapporte Marcellus en ces termes :

« Dans une espèce, récemment portée au tribunal du prince (2), il s'agissait d'un testateur qui avait rayé les noms des héritiers qu'il avait institués dans son testament, et le fisc avait revendiqué ses biens comme caducs (3). On avait des doutes par rapport aux legs, et surtout par rapport à ceux que devaient remettre les héritiers, dont les noms étaient rayés. La plupart pensaient que ces legs étaient nuls. Je pensais qu'il en devait être ainsi dans le cas où le testateur aurait barré tout son testament; mais quelques-uns pensaient que ce qui était rayé était nul, et que ce qui ne l'était pas devait subsister. Que fallait-il donc décider ? Ne devait-on pas dire que celui qui avait effacé les noms de ses héritiers, avait assez manifesté l'intention de mourir *ab intestat;* ou n'était-il pas en même tems plus sûr et plus juste de s'en tenir dans le doute à une interprétation moins rigoureuse » ?

« Voici la décision qui fut donnée par l'empereur Antonin et Auguste, sous le consulat de Pudens et de Pollion : « Valerius » Nepos ayant changé d'intention, rayé son testament, et effacé » les noms des héritiers qu'il y avait institués, sa succession ne » paraît pas appartenir aux héritiers qu'il avait institués, d'après la » constitution de mon auguste père », et il dit aux avocats du fisc qu'ils devaient recourir à leurs juges. Vivius Zenon dit : Je prie Votre Majesté de m'écouter avec patience, et de décider par rapport aux legs. L'empereur Antonin lui demanda s'il pensait que le testateur eût voulu que son testament valût en effaçant le nom de ses héritiers. Cornelius Priscianus, avocat de Léon, représenta que ce testateur n'avait effacé que les noms de ses héritiers. Calpurnius Longin, avocat du fisc, dit qu'un testament ne pouvait pas valoir lorsqu'il n'y avait plus d'héritiers. Priscianus objecte que le testateur avait affranchi quelques esclaves, et fait quelques legs. Antonin fit retirer ses conseillers, puis ayant délibéré

(1) Parce qu'elle ne peut être ôtée que par un testament postérieur qui casse celui où elle était donnée.

(2) C'est-à-dire, cette espèce a été présentée récemment au tribunal de l'Empereur.

(3) Lorsque quelqu'un a effacé les noms de celui qu'il avait institué héritier, il est censé l'en avoir jugé indigne; et c'est pourquoi le fisc s'est emparé de cette succession comme laissée à un indigne. Il en est ainsi si l'on ne prouve pas que le testateur a voulu mourir *intestat.* Voy. ci-après, *liv.* 4. *h. tit.* et *l.* 1. §. *pen. ff. s'il ne reste point de traces d'un testament.*

men servi quem liberum esse jusserat, induxit (1). Antoninus rescripsit liberum eum nihilominus fore. Quod videlicet favore constituit libertatis ». *l.* 3. Marc. *lib.* 29. dig.

IV. Et generaliter statuendum est lituras cancellationemve testamenti ei solj nocere debere, cui testator adimere voluit.

Hinc Ulpianus : « Cancellaverat quis testamentum vel induxerat, et sic propter unum heredem facere dixerat. Id postea testamentum signatum est. Quærebatur de viribus testamenti, deque portione ejus, propter quem se cancellasse dixerat ? Dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio cæteram partem testamenti valere, et ipsi soli denegari actiones : sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur, si voluntas ea fuit testantis, ut tantum heredis institutio improbetur. Sed, si instituti nomen induxit, et substituti reliquit, institutus (2) emolumentum hereditatis non habebit (3). Sed, si omnia nomina induxerit, ut proponitur, adscripserit autem, idcirco se id fecisse, quia unum heredem offensum habuit, multum interesse arbitror utrum illum tantum fraudare voluit hereditate, an vero, causa illius, totum testamentum infirmare, ut, licet unus inductionis causam præbuerit, verum omnibus obfuerit : et, si quidem soli ei ademptam voluit portionem, cæteris nihil nocebit inductio, non magis quam si volens unum heredem inducere, invitus et alium induxerit. Quod si putaverit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones. Sed, an legatariis denegari actio debeat, quæstio est ? In ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi, et coheredum institutionem non esse infirmandam ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 4. disp.

V. Ei autem cui testator consulto adimere voluit, adeo nocet quod deletum est, ut, quamvis (quum plura testamenti exempla essent) unum duntaxat deletum sit, alia integra supersint : id tamen quod in uno deletum est, ademptum intelligatur ; scilicet si consulto factum probetur.

(1) Dubitari poterat an hereditatis duntaxat, an etiam libertatis adimendæ animo induxisset. In dubio respondetur pro libertate.

(2) Cujacius censet ibi legendum *substitutus* pro *institutus*. Et recte : alioquin inepte observaret jurisconsultus testatorem reliquisse nomen substituti. Ut enim ipse institutus, cujus nomen inductum est, privetur hereditate, quid refert, habuerit nec ne substitutum cujus substitutionem testator intactam reliquerit ?

(3) Excludit quidem fiscum substitutus in caducis. At in his quæ ut indignis auferuntur, fiscus excludit substitutum.

seul, il les fit rappeler, et dit : « La cause à juger nous paraît sus-» ceptible d'une interprétation favorable, et nous pensons que » Nepos n'a voulu annuller que ce qu'il a effacé » ; il avait effacé le nom de l'esclave qu'il avait ordonné d'affranchir (1). Antonin décida qu'il ne le serait pas moins ; mais cette décision eut pour fondement la faveur de la liberté ».

IV. Et en général, il faut dire que les ratures et les biffures d'un testament, ne nuisent qu'à celui à qui le testateur a voulu ôter quelque chose.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Un testateur avait barré ou raturé son testament, et déclaré qu'il l'avait fait en faveur d'un sien héritier qu'il avait voulu instituer. Son testament avait été cacheté en cet état. On demandait s'il vaudrait, et quelle serait la portion de l'héritier, en faveur duquel il avait dit qu'il l'avait raturé. Je disais que s'il n'avait rayé que le nom d'un de ses héritiers, le testament vaudrait pour l'autre partie, que les actions n'en devaient être refusées qu'à l'héritier rayé, et que les legs non rayés seraient dus, s'il était prouvé que le testateur n'eût voulu rayer qu'un héritier ; mais que s'il avait effacé le nom de cet héritier, sans effacer le nom de son substitué, l'héritier substitué (2) ne jouira pas de la succession (3) ; et que s'il avait effacé tous les noms, comme on le supposait, en disant qu'il l'avait fait en haine d'un de ses héritiers, je pensais qu'il importait beaucoup de savoir s'il n'en avait voulu priver qu'un de sa succession, ou si, en haine de celui-là, il avait voulu annuller tout son testament, et nuire à tous les autres comme à celui-là ; que s'il n'avait voulu priver que celui-là de sa part, sa rature ne devait pas nuire aux autres, non plus que si, n'en voulant rayer qu'un, il eût aussi rayé l'autre sans le vouloir ; mais que s'il avait pensé devoir annuller son testament pour punir celui qu'il se repentait d'avoir institué, les actions devaient être refusées à tous. Dans le doute cependant, il faut dire que leurs legs leur sont dus, et que l'institution des cohéritiers doit être maintenue ».

V. Quand à l'héritier à qui le testateur a voulu retirer sa succession, la radiation de son nom lui nuit tellement que, lorsqu'il y a plusieurs copies du testament, quoique son nom ne soit effacé que dans une, c'est celle-là qui doit être exécutée, si cependant il est prouvé que la radiation ait été faite avec cette intention.

---

(1) On pouvait douter qu'il eût eu intention de rétracter la liberté comme l'hérédité par ses ratures, et on a décidé en faveur de la liberté.

(2) Cujas pense qu'il faut lire *substitutus* au lieu de *institutus*, et c'est avec raison ; car autrement le jurisconsulte aurait tort d'observer que le testateur aurait laissé le nom du substitué, puisque cet héritier institué dont le nom est effacé est privé de la succession ; il importe peu qu'il ait ou n'ait pas eu un substitué dont le testateur a laissé subsister la substitution.

(3) Un héritier substitué exclut bien le fisc des successions caduques ; mais le fisc l'exclut de celle dont il est privé comme indigne.

Hinc quum « Papinianus libro 7 Responsorum dixisset : Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis (1), unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solenniter complevit. Si quasdam tabulas in publico depositas abstulit, atque delevit, quæ jure gesta sunt, præsertim quum ex cæteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita ».

« Paulus notat : Sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas ». *l.* 4.

TITULUS V.

De heredibus instituendis.

I. Ad substantiam testamenti pertinet ut in eo aliquis instituatur heres.

Enimvero absque heredis institutione nullum potest intelligi testamentum.

Ipsa autem potest sola testamentum constituere. V. G. « qui neque legaturus quid est, neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat *Lucius-Titius mihi heres esto* ».

« Hæc (2) scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur (3); qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat : *Lucius heres esto*; nam et mihi, et Titius abundat ». *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Est autem heres, *successor* in universum jus quod defunctus habuit. Heredis vero institutio est, *solennis* ejus, quem nobis heredem volumus, designatio.

Materiam hanc in tres partes distribuam : In prima videbimus qui possint heredes institui; in secunda quæremus quæ sit forma institutionis heredis, et quem finem in herede instituendo defunctus habere debeat; in tertia quomodo inter plures heredes distribuatur hereditas.

---

(1) Ita de Tiberio Suetonius in ejus vita, *n.* 76. *Testamentum duplex fecerat; alterum sua, alterum liberti manu, sed eodem exemplo.* Idem de Augusto refert in ejus vita, *n.* 101.

(2) Hic incipit nota Ulpiani ad Sabinum. *Hæc scriptura,* id est, hæc sententia ex scriptis Sabini excerpta.

(3) Quasi diceret : loquitur hic Sabinus de testamentis quæ non per scripturam fiunt, sed per *nuncupationem.* Verba sunt ex substantia horum testamentorum. An autem longæ verborum conceptiones requiruntur, minime vero ait Sabinus; nam vel quinque verba sufficiunt. Imo, addit Ulpianus, vel tria possunt sufficere.

« C'est pourquoi Papinien ayant dit, *liv.* 6, *de ses réponses*, que, « si le testateur avait fait plusieurs testamens dans un même cahier (1), il n'en aurait régulièrement fait qu'un; s'il en avait retiré un du dépôt public, et y eût fait des ratures, ayant déclaré dans ceux qu'il n'en aurait pas retiré ses dernières volontés régulièrement énoncées, elles ne seraient pas annullées ».

« Paul observe que s'il a fait ces ratures pour mourir *intestat*; et que cela soit prouvé par ses héritiers *ab intestat*, sa succession sera retirée aux héritiers qu'il avait institués ».

TITRE V.

Des héritiers instituables.

I. Il est de l'essence d'un testament, qu'il y ait un héritier institué.

En effet, on ne conçoit pas un testament sans institution d'héritier.

Et cette institution constitue par elle-même un testament. Par exemple, « celui qui ne veut déshériter personne, et ne veut point faire legs, de peut faire son testament en ces cinq mots : Lucius-Titius sera mon héritier ».

« Mais cette phrase (2) se rapporte à celui qui veut tester sans écritures (3), et qui le peut même en trois paroles, c'est-à-dire, en disant Lucius sera héritier; car *Titius* et *mon* sont encore inutiles ».

On appelle héritier, celui qui succède à tous les droits du défunt, et l'institution d'héritier se définit la désignation solennelle de celui que nous voulons avoir pour héritier.

Nous diviserons cette matière en trois parties. Nous verrons dans la première quels sont ceux qui peuvent être institués héritiers; dans la seconde, qu'elle est la forme de l'institution d'héritier, et quel but le défunt à dû se proposer en instituant un héritier; dans la troisième, comment une succession se partage entre plusieurs héritiers.

---

(1) C'est ce que dit Suétone de Tibère, dans sa Vie, *n.* 76. « Il avait, dit-» il, fait deux testamens, l'un de sa main et l'autre de l'écriture de son af-» franchi, mais dans le même cahier ». Il en dit autant d'Auguste, dans la vie de ce prince, *n.* 101.

(2) C'est ici que commence la note d'Ulpien sur Sabinus. Cette écriture, c'est-à-dire, cette sentence tirée des écrits de Sabinus.

(3) Comme s'il disait. Sabinus parle ici des testamens qui se font sans écriture et par une seule déclaration. Il y a des paroles nécessaires pour l'essence du testament; mais faut-il un long discours? Non, dit Sabinus, car cinq paroles suffisent. Ulpien ajoute même qu'il n'en faut que trois.

PRIMA PARS.

Qui possint heredes institui?

Jure Digestorum institui heres non potest, nisi certa persona; et quidem eam esse personam oportet, cum qua sit testamenti factio.

Videndum igitur : 1°. quæ heredum institutiones non valuerint, eo quod incertarum personarum esse viderentur; 2°. Quæ personæ testamenti factionem cum testatore habeant, nec ne, et quibus temporibus requiratur hæc testamenti factio in herede instituto.

SECTIO I.

De incertis personis.

II. « Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo : *Quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto :* quoniam certum consilium debet esse testantis ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 4.

Incerta etiam persona est ejus qui nondum natus est. Receptum tamen fuit ut institui possent posthumi *sui*, id est, illi posthumi qui, si vivo testatore nati essent, sui heredes ei nati fuissent : ut vid. supra tit. 2 de liberis et posth. Cæteri posthumi, qui *alieni* posthumi appelari solent, jure Digestorum heredes non possunt institui.

III. Est etiam incertarum personarum institutio, si quis pauperes instituat heredes. Quapropter jure Digestorum non valuisset. Verum constitutionibus christianorum Imperatorum permissa est talis institutio, constituitque Justinianus ut hoc casu Xenodochium loci ubi testator degebat, suscipiat hereditatem; et, si plura sint, illud quod magis indigebit, prout episcopus et ejus clerici existimabunt. Si nullum sit Xenodochium, suscipietur hereditas ab episcopo et æconomo ecclesiæ, qui bona pauperibus erogabunt. Quinetiam constituit ut valeret institutio, si quis heredes instituisset captivos : susciperetur que hereditas ab episcopo et æconomo, qui bona in redemptionem captivorum erogarent. *l.* 49. *cod.* 1. 3. *de episc. et cler.*

IV. Hac ratione quæ incertas personas institui heredes vetat, « nec municipia, nec municipes, heredes institui possunt (1); quo-

(1) Id etiam testatur Plinius *epist.* 5. 7. *nec heredem institui, nec præcipere posse rempublicam constat.* Nec obstat quod refertur apud Tacitum, *Annal.* 4, de quodam Moscho qui civitatem Massiliensem heredem insti-

PREMIÈRE PARTIE.

Quels sont ceux qui peuvent être institués héritiers ?

Par le droit des Pandectes, on ne peut instituer héritier qu'une personne désignée, et il faut même que cette personne soit habile à recevoir par testament.

Il faut donc examiner 1°. quelles sont les institutions d'héritiers qui sont nulles, faute d'y avoir indiqué la personne instituée ; 2°. quelles personnes sont ou ne sont pas habiles à recevoir par testament, du testateur, et à quel tems elles doivent avoir cette capacité.

SECTION I.

Des personnes incertaines.

II. « Une personne incertaine ne peut pas être instituée héritière. On ne peut pas dire, par exemple, quelque soit le premier qui arrivera à mon enterrement sera mon héritier, parce que pour faire un testament, il faut avoir une intention déterminée ».

Celui qui n'est pas encore né est aussi une personne incertaine; mais il a été reçu qu'on pourrait instituer des posthumes siens; c'est-à-dire, ceux qui, s'ils étaient nés du vivant du testateur, en seraient nés héritiers siens, comme on l'a vu ci-dessus, *tit. de l'institution et de l'exhérédation des enfans et des posthumes*. Les autres, qu'on a coutume d'appeler posthumes étrangers, ne peuvent pas être institués héritiers suivant le droit du Digeste.

III. C'est aussi instituer des personnes incertaines que d'instituer les pauvres ; c'est pourquoi une pareille institution serait nulle suivant le droit du Digeste; mais elle a été permise par les institutions des Empereurs chrétiens, et Justinien a voulu qu'en pareil cas, la succession fût déférée à l'hôpital du lieu où avait vécu la défunt. S'il y avait plusieurs hôpitaux, elle est déférée au plus pauvre, suivant l'opinion de l'évêque et de son clergé. S'il n'y en avait point, elle était remise à l'évêque et à l'économe de l'église, qui la distribuait aux pauvres. Il a même voulu que l'institution faite aux captifs fût exécutée, et que la succession fût employée par l'évêque et l'économe de l'église, à racheter des captifs.

IV. Par la même raison, qu'il est défendu d'instituer des personnes incertaines, il n'est pas permis non plus « d'instituer héritiers les citoyens (1) d'une ville municipale, parce qu'ils for-

(1) C'est aussi ce qu'atteste Pline, *epitr.* 5, 7. Il est constant, dit-il, qu'une république ne peut être instituée héritière ni recevoir un legs par préciput, nonobstant ce qui est rapporté dans Tacite, *Ann.* 4, d'un certain

niam incertum corpus est, ut neque cernere universi (1), neque pro libito de herede cernere (2) possunt ut heredes fiant. Senatusconsulto tamen concessum est ut a libertis sui heredes institui possint. Sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest; idque hoc senatusconsulto (3) prospectum est ». Ulp. *fragm. d. tit.* 22. §. 5.

Ita jure Digestorum. Permissum tamen postea fuit civitates a quibuslibet heredes institui. Ita enim Leo rescribit : « Hereditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulis, domus aut annonæ civiles, aut quælibet ædificia vel mancipia, ad jus inclitæ urbis, vel alterius cujuslibet pervenire possunt ». *l.* 12. *cod.* 6. 24. *h. tit.*

Quemadmodum civitates, ita nec collegia poterant heredes institui. Hoc jus tamen quibusdam ex privilegio concessum erat. Hinc Diocletianus et Maximianus : « Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est ». *l.* 8. *cod.* 6. 24. *h. tit.*

Jure Justinianeo, incertarum personarum, et alienorum etiam posthumorum institutio permittitur. *Instit. h. t.* 2. 14.

V. Erat quidem inutilis olim institutio heredis cujus est incerta persona. Modo autem certa persona esset, « extraneum, etiam penitus ignotum, heredem quis instituere potest ». *l.* 11. *cod.* 6. 24. *h. tit.* Theodos. et Valent.

SECTIO II.

Quibuscum sit, nec ne, testamenti factio, et quotuplici tempore hæc in herede requiratur ?

VI. « Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 1.

Et quidem hi soli : unde imprimis quærendum in herede instituto an illam habeat.

---

tuit. Hoc enim ex jure proprio est Massiliensium, qui suis vivebant legibus, teste Strabone.

(1) Hoc evidens est. Sed nec per syndicum cernere potuissent; nam *cretio*, quum sit actus legitimus, non nisi per ipsum heredem fieri potest.

(2) Cujacius putat legendum *pro herede gerere.*

(3) *Aproniano* scilicet, facto temporibus Hadriani, sub quo occurrit consul Apronius. De hoc senatusconsulto infra, *lib.* 36. *tit.* 1. *ad senatuscons. Trebell.*

ment un corps incertain; c'est-à-dire, qu'ils ne peuvent pas tous (1) accepter la succession, et que l'acceptation n'en peut pas non plus être faite par l'un d'entre eux à volonté (2). Cependant, il leur a été permis, par un sénatus-consulte, d'être institués héritiers par leurs affranchis; toutefois la succession laissée par fidéicommis, peut leur être restituée en vertu de ce même sénatus-consulte (3) ».

Il en était ainsi, suivant le droit du Digeste; mais il fut ensuite permis à toute personne d'instituer les corps de ville; car l'empereur Léon dit, dans un rescrit : « La ville de Rome et tout autre peuvent accepter les legs, le fidéicommis ou la donation d'une maison, de provisions de vivres pour la ville, de tout autre édifice ou d'un nombre d'esclaves ».

Ainsi que les corps de ville, les communautés, ne pouvaient pas être instituées héritières. Il y en avait cependant à qui était conféré ce droit, en vertu d'un privilége. C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Il n'est pas douteux qu'une communauté ne peut pas recevoir une succession, à moins qu'elle n'y soit autorisée par un privilége spécial ».

Justinien a permis d'instituer des personnes incertaines et des posthumes étrangers.

V. L'institution d'héritier, en faveur d'une personne incertaine, était autrefois nulle; mais pourvu que la personne fût certaine, « on pouvait instituer héritier un étranger, quoiqu'on ne le connût pas ».

SECTION II.

De quelles personnes on a ou on n'a pas la faculté de recevoir par testament, et dans quels tems cette faculté est requise de la part de l'héritier.

VI. « Il faut, pour être institué héritier, avoir la faculté de recevoir par testament du testateur ».

Et cela est exclussivement nécessaire; c'est pourquoi il faut surtout examiner si elle se trouve dans l'héritier institué.

Moselus, qui institua son héritière la ville de Marseille; car c'était un droit particulier à cette ville qui était régie par ses lois, comme on le voit dans Strabon.

(1) Cela est évident, car ils n'auraient pas pu l'accepter par leur syndic, puisque l'acceptation d'une succession étant un acte légitime, ne peut être faite que par l'héritier lui-même.

(2) Cujas pense qu'il faut lire *pro herede gerere*.

(3) Le sénatus-consulte Apronien, rendu du tems d'Adrien, tems auquel se reporte le consulat d'Apronius. Voyez, sur ce sénatus-consulte, ci-après *liv.* 36, le titre *relatif au sénatus-consulte Trebellien.*

ARTICULUS I.

Enumerantur quædam personæ de quibus dubitatur an habeant testamenti factionem.

VII. Et 1°. dubitatum est de Diis : nec enim possunt ipsi hereditatem cernere (1).

Quosdam tamen Deos, quorum templa majori populorum religione frequentabatur, institui placuit, eorum sacerdotes quasi pro Diis cernere. Quocirca ita Ulpianus : « Deos heredes instituere non possumus præter quos senatusconsulto, constitutionibus principum instituere concessum est ; sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum ; sicuti Martem in Gallia, Minervam Meliensem (2), Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, matrem Deorum Cybelem (3) eam quæ Smyrnæ colitur, et Cælestum Salinensem (4) Carthaginis ». *d. t.* 22. §. 6.

Sub Imperatoribus christianis permissum est heredem instituere *Jesum-Christum ;* quo casu defertur hereditas ecclesiæ loci ubi degebat testator : item angelum aliquem, aut martyrem ; quo casu videtur instituisse ecclesiam illi dicatam quæ eo loci sit, aut in vicinia : et si plures sint, illam quam magis frequentabat ; et si hoc non appareat, illam quæ est pauperior. *l. fin. cod.* 1. 2. *de sacros. eccles.*

VIII. 2°. Dubitatum item de muto et de surdo ; si quidem neuter familiæ emptor fieri potest ; ut supra vid. hoc *lib. tit.* 1. qui testam. fac. *n.* 17.

Et tamen « Mutus et surdus recte heres institui potest ». *l.* 1. §. 2. Ulp. *lib.* 1, *ad Sab.*

IX. Non habent autem testamenti factionem peregrini.

Hinc 1°. « qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt ; sed hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent ». *l.* 1. *cod.* 6. 24. *h. tit.* Antonin.

(1) Erat et alia ratio politica ; scilicet, ne bona civium luxuriæ sacerdotum servirent.

(2) Ita Fornerius noster : *rerum quotid.* 2. 8. Cujacius vero *observ.* 10 5. post Turnebium, censet legendum *iliensem* : nec improbabilis ejus sententia ; Minervæ enim iliensis magna apud Romanos religio fuit, utpote qui ab ilio, ubi hæc dea valde colebatur, essent oriundi. Vid. Livium, *lib.* 35 et 37.

(3) Alias *sybilensem* ; quo nomine designatur eadem Cybele, ab ejus templo quod erat in urbe sybilo ; quæ urbs terræ motu absorpta est, teste Strabone : verum deæ religio apud Magnetes et Smyrnæos mansit.

(4) Deus Africæ *Cælestus* (Tertullian. *advers. gent.*) dictus *Salinensis* a salinis quæ prope ejus templum erant.

ARTICLE I.

De quelques personnes dont on peut douter qu'elles puissent recevoir par testament.

VII. On en a douté à l'égard des Dieux, parce qu'ils ne peuvent pas accepter par eux-mêmes une succession (1).

Il a cependant été décidé que l'on pouvait instituer héritiers certains Dieux, dont les temples étaient fréquentés avec plus de vénération, et que leurs prêtres pouvaient accepter la succession pour eux. C'est pourquoi Ulpien dit : « Nous ne pouvons pas instituer les Dieux nos héritiers, excepté ceux qu'il nous a été spécialement permis d'instituer par un sénatus-consulte, ou une constitution impériale, comme Jupiter Tarpéien, l'Apollon de Didyme, Mars dans les Gaules, Minerve en Sardaigne (2), Hercule à Cadix, Diane à Éphèse, la Cybèle, mère des Dieux (3), qui est adorée à Smyrne, et Cœlestus Salien (4) à Carthage ».

Sous les empereurs chrétiens, il a été permis d'instituer Jésus-Christ héritier ; et dans ce cas, la succession est déférée à l'église du lieu où vivait le testateur. On peut aussi instituer un ange ou un martyre, auquel cas on est censé avoir institué une église qui lui était dédiée, dans le lieu ou dans le voisinage du lieu où vivait le testateur ; et s'il y en a plusieurs, la plus fréquentée ou la plus pauvre, s'il n'y en a pas une plus fréquentée que les autres.

VIII. 1°. On a aussi douté, par rapport à un muet et à un sourd, parce que ni l'un ni l'autre ne peut acquérir le droit de famille, comme on l'a vu ci-dessus *qui testam. fac. n.* 17.

Et cependant, « un muet et un sourd peuvent être régulièrement institués héritiers ».

IX. Mais les étrangers ne peuvent pas recevoir par testament.

C'est pourquoi, 1°. « si ceux qui ont été institués héritiers sont déportés, ils ne peuvent plus recevoir par testament, étant réputés étrangers, mais la succession reste dans le même état que s'ils n'eussent point été institués ».

---

(1) Il y en avait une autre raison politique, qui était d'empêcher que les biens des citoyens ne passassent aux prêtres.

(2) C'est ainsi que lit notre Fournier, *rer. quotid.*, II, 8 ; mais Cujas, *observ.* 10, 5, d'après Turnel, pense qu'il faut lire *iliensem*, et cette opinion n'est pas dépourvue de fondement ; car les Romains avaient en grande vénération la Minerve de Sardaigne, comme originaire de cette île où elle était adorée. Voy. Tite-Live, *liv.* 35 et 37.

(3) On lit aussi *sybilensem*, nom par lequel on désigne la même Cybèle, en raison de la ville de Smyrne, qui fut détruite par un tremblement de terre au rapport de Strabon ; et à laquelle les Magnésiens et les Smyrnéens vouaient une grande vénération.

(4) Cœlestus, dieu d'Afrique, était appelé *Salien* à cause des salines qui étaient auprès de son temple. Voyez Tertullien, *dans son livre contre les Gentils ou Païens*

2°. « Dedititiorum (1) numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 2.

At vero melioris, quam cæteri peregrini, conditionis erant Latini Juniani. Enimvero « Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis (2) civis romanus sit, heres esse potest. Quod si Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur ».

« Idem juris est in persona cœlibis (3) propter legem Juliam ». *d. tit.* §. 3.

X. Erant et qui poterant quidem heredes institui et hereditatem capere, sed intra certam quantitatem duntaxat, aut certam partem capere poterant.

Tales erant mulieres ex lege Voconia. Nec enim illa lex prohibebat eas heredes institui : si quidem refert Dio-Cassius (*lib.* 56) eas potuisse capere usque ad 25000 drachmas, id est centum millia sestertium, ut recte interpretatur Perizonius ad legem Vocon. (4) cæterum hoc plebiscitum Voconium de coercendis mulierum hereditatibus, opulentia civitatis obliteratum fuit; ut ait Gellius XX. 1.

Tales etiam erant *orbi*, qui ex lege Julia non plus quam dimidiam ejus, quod ipsis relictum erat, capere poterant. Hanc legem Juliam Constantinus abrogavit.

De his qui capere non possunt, plura infra ad titulos de legatis part. quinta.

Hic tantum observabimus his legibus locum non fuisse in his hereditatibus quæ solvendo non essent. Unde, « si quis solidum a lege capere non possit, et ex asse sit institutus ab eo qui solvendo non est, Julianus ex asse eum heredem esse respondit : Legi enim locum non esse in ea hereditate, quæ solvendo non est ». *l.* 72. Terentius-Clemens, *lib.* 4. *ad leg. Jul. et Pap.*

ARTICULUS II.

An et quomodo servi habeant testamenti factionem ?

XI. « Servos heredes instituere possumus; nostros cum liber-

(1) Qui sint dedititii, item Latini de quibus mox infra, vid. supra, *lib.* 1 *tit.* 5. *de statu homin.*

(2) *Diem* lege concessum ad *cernendam*, id est adeundam hereditatem : de qua *cretione* infra, *lib.* 29. *tit.* 2. *de acquir. vel omitt. hered.*

(3) Scilicet ut nisi intra diem legi paruerit, et nuptias contraxerit, auferat ei fiscus hereditatem ex qua scriptus est.

(4) Quod igitur ait Cicero, *Verrin.* 3. *Voconium lege sua sanxisse ne qui deinceps census esset heredem virginem neve mulierem faceret*, cum Dione ita conciliandum, ne supra hanc quantitatem heredem faceret.

2°. « Les *dedititii* (1) ne peuvent pas être institués héritiers, parce qu'ils sont des étrangers incapables de recevoir par testament ».

Mais les Latini Juniani étaient de meilleure condition que les autres étrangers. En effet, « un Latinus-Junianus qui se trouve citoyen romain à la mort du testateur, ou au terme donné pour l'adition d'hérédité (2), peut être héritier ; mais s'il est demeuré Latinus, la loi Junia l'empêche de recevoir la succession ».

« Il en est de même, en vertu de la loi Julia, pour les célibataires (3) ».

X. Il y avait aussi des personnes qui pouvaient être instituées héritières et recevoir une succession, mais seulement jusqu'à certaine concurrence ou portion de cette succession.

Telles étaient les femmes suivant la loi Voconia ; car cette loi ne défendait pas de les instituer héritières, puisque Dion-Cassius rapporte, *liv.* 56, qu'elles pouvaient recevoir par testament jusqu'à 25,000 dragmes, c'est-à-dire, 100,000 sesterces, suivant l'interprétation de Perizonius sur la loi Voconia (4), mais ce plébiscite Voconien, sur la réduction des testamens en faveur des femmes, tomba en désuétude quand les citoyens romains furent devenus plus riches, comme le dit Aulu-Gelle XX. 1.

Tels étaient aussi les célibataires, suivant la loi Julia, qui leur retranchait la moitié de ce que le testateur leur donnait. Constantin abrogea cette loi.

Voyez encore, sur ce qui concerne les personnes qui ne peuvent pas recevoir par testament, les titres ci-après *des legs, part.* 5.

Nous observerons seulement ici, que ces lois n'avaient pas lieu dans les successions. C'est pourquoi, « si quelqu'un a été institué héritier unique par un homme insolvable, et se trouvait incapable d'être ainsi institué en vertu de quelque loi, Julien dit qu'il n'en sera pas moins héritier de toute la succession, parce que cette loi n'a pas lieu pour une succession insolvable ».

ARTICLE II.

Si et comment les esclaves peuvent recevoir par testament.

XI. « Nous pouvons instituer héritiers nos esclaves, en leur don-

(1) Voyez ce qu'on appelait *dedititii* et *latini*, dont on parlera dans la suite ci-dessus, au titre *de l'état et de la condition des individus*.

(2) Le terme fixé par la loi pour acceptcer une succession, d'où dérive le mot *cretio*. Voyez ci-après, le titre *de la manière d'accepter l'hérédité et d'y renoncer*.

(3) Auquel le fisc ôtait la succession pour laquelle il avait été institué héritier, à moins que, conformément à la loi, il ne se fût marié dans le délai prescrit.

(4) Ainsi ce que dit Cicéron, *Ver.* 3, que Voconius avait défendu par sa loi, à ceux dont les biens étaient publiquement déclarés, d'instituer une femme mariée ou non mariée ; se concilie avec ce que dit Dion-Cassius, en disant qu'on ne pouvait les instituer que de cette manière.

tate; alienos sine libertate; communes cum libertate, vel sine libertate ». Ulp. *fragm. tit.* 22. §. 7.

§. I. *De servis propriis, et de lege Ælia-Sentia.*

XII. Servos proprios ita possumus heredes instituere, si justam ipsis libertatem cum civitate relinquamus. Hinc « eum servum, qui tantum in bonis noster est (1), nec cum libertate heredem instituere possumus; quia latinitatem consequitur, quod non proficit ad hereditatem capiendam ». *d. tit.* 22. §. 8.

Sed etsi jure quiritium possideatur, interdum nec cum libertate utiliter servus a domino heres instituitur; nimirum si aliqua lex obstet.

Unde generaliter Scævola: « Si non lex Ælia-Sentia, sed alia lex, vel senatusconsultum, aut etiam constitutio, servi libertatem impediat, is necessarius (2) fieri non potest, etiamsi non sit solvendo (3) testator ». *l.* 83. Scævola, *lib.* 28. quæst.

Ideo autem excipitur lex Ælia-Sentia, quia, licet illa lex vetet ne is qui scit se non esse solvendo, aut manumittendo desiturum esse solvendo, manumittat servos suos (eo quod in fraudem creditorum hæ manumissiones fiant), permittit tamen manumissionem ejus servi quem sibi heredem scribit; et hoc permittit, pietatis ratione, ut possit testator pudori suo parcere, et ipsius bona non sub ipsius, sed sub ejus heredis nomine proscribantur; quod erat ignominiosum apud Romanos.

Hoc ipsum tamen ex eadem lege duas limitationes patitur.

XIII. Prima limitatio est, ut qui solvendo non est, unum duntaxat servum necessarium heredem instituere possit.

Quid igitur si duos scripserit?

« Qui solvendo non erat, servum primo loco, et alterum servum secundo loco heredes scripsit. Solus is qui primo loco scriptus est, hereditatem capit. Nam lege Ælia-Sentia ita cavetur ut, si duo plurescve ex eadem causa heredes scripsit sint, uti quisque primus scriptus sit, heres sit ». *l.* 60. Celsus, *lib.* 29. dig.

Idem obtinet in sequenti specie: « Temporibus divi Hadriani senatus sensuit, si testator, qui, quum moritur, solvendo non

(1) Vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 5. *de statu homin. n.* 28.

(2) Servus proprius heres a domino utiliter institutus, erat ei *necessarius* heres: ut videb. infra in append. ad *h. tit. et seq.*

(3) Servi enim quorum libertas aliis legibus quam lege Ælia-Sentia impediebatur, nec quidem ex hac causa (quod testator solvendo non esset) poterant manumitti.

nant la liberté; ceux d'autrui, sans la leur donner; et ceux que nous ne possédons qu'en partie, de l'une ou l'autre manière ».

§. I. *Des esclaves qui nous appartiennent, et de la loi Sentia.*

XII. Nous pouvons instituer héritiers nos propres esclaves, en leur donnant la liberté avec le droit de citoyens. C'est pourquoi, « nous ne pouvons pas instituer héritier l'esclave qui est seulement dans nos biens (1), même en lui donnant la liberté, parce qu'il acquiert la latinité qui ne produit pas la faculté de recevoir par testament ».

Mais quoiqu'il soit possédé en vertu du droit des chevaliers romains, il y a des cas où son maître ne peut pas l'instituer héritier, même en lui donnant la liberté, c'est-à-dire, où la loi le défend.

C'est pourquoi Scævola dit qu'en général, « si, non pas la loi Ælia-Sentia, mais une autre loi, un sénatus-consulte, ou même une constitution du prince, s'oppose à la liberté d'un esclave, cet esclave ne peut pas être héritier nécessaire (2), quoique le testateur soit insolvable (3) ».

On excepte la loi Sentia, parce que, quoiqu'elle s'oppose également à ce que le maître qui, soit qu'il soit insolvable ou qu'il le devienne, s'il affranchit ses esclaves, les affranchisse, parce qu'il les affranchirait en fraude de ses créanciers; elle promet cependant l'affranchissement de l'esclave que son maître a institué son héritier, afin que ces biens ne soient pas confisqués sous son nom; ce qui était ignominieux chez les Romains, et qu'ils le soient sous le nom de son héritier.

Mais cela souffre deux restrictions, en vertu de cette loi elle-même.

XIII. Première restriction; le testateur insolvable ne peut instituer héritier nécessaire qu'un de ses esclaves.

Que faut-il donc dire s'il en a institué deux?

« Un homme insolvable a institué un de ses esclaves héritier au premier degré, et un autre au second. Celui qui a été institué au premier degré, prend seul la succession; parce que, par la loi Ælia-Sentia, celui de deux héritiers institués pour la même cause, qui a été institué le premier, est seul héritier ».

Il en est de même dans l'espèce suivante. « Il fut rendu un sénatus-consulte du tems d'Adrien, d'après lequel, si un testateur

(1) Voyez ci-dessus, *liv.* 1, le titre *de l'état ou de la condition des individus*, *n.* 28.

(2) L'esclave que son maître avait utilement institué son héritier, était son héritier nécessaire, comme on le verra dans l'appendice de ce titre et du suivant.

(3) Parce que les esclaves que d'autres lois que la loi Sentia empêchaient d'affranchir, ne pouvaient pas l'être même dans le cas où leur testateur était mort insolvable.

fuit, duobus pluribusve libertatem dederit, eisque hereditatem restitui jusserit, et institutus heres suspectam sibi hereditatem dixerit: *ut* adire eam cogatur, et ad libertatem perveniat qui priore loco scriptus fuerit, eique hereditas restituatur. Idem servandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit. Igitur si primo loco scriptus desiderat adire hereditatem, nulla difficultas erit. Nam si posteriores quoque liberos se esse dicent, et restitui hereditatem desiderent, an solvendo sit hereditas et omnibus liberis factis restitui deberet, apud prætorem quæreretur. Absente autem primo, sequens desiderans adiri hereditatem, non est audiendus (1); quia, si primus velit sibi restitui hereditatem, præferendus est; et hic (2) servus futurus est ». *l.* 83. §. 1. Scævola, *lib.* 18. quæst.

Quid autem si non possit dici uter priori loco scriptus sit?

V. G. « qui solvendo non erat, duos Apollonios liberos heredesque esse jusserat. Altero ante apertas tabulas (3) testamenti mortuo, non ineleganter defendi poterit, eum, qui supererit (4), liberum et solum necessarium heredem fore. Quod si uterque vivit, institutionem nullius esse momenti propter legem Æliam-Sentiam, quæ amplius quam unum necessarium heredem fieri vetat ». *l.* 42. Jul. *lib.* 64. dig.

« Invicem enim eos sibi obstare ». *l.* 43. Paul. *lib.* 1. *ad leg. Æliam-Sent.*

XIV. Secunda limitatio est, ut ita demum qui solvendo non est, servum suum necessarium heredem in fraudem creditorum facere possit, si nullus sit alius in quocumque gradu scriptus, qui jus hereditatem adire velit.

Hinc, « si is qui solvendo non est, servum cum libertate heredem instituerit, et liberum substituerit, ante incipiendum erit a substituto. Lex enim Ælia-Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conservat libertatem; si nemo alius ex hoc testamento heres esse potest ». *l.* 57. Paul. *lib.* 57. *ad ed.*

(1) Donec cogitum fuerit de viribus hereditatis, aut primus consenserit ei potius restitui quam sibi.

(2) Posteriori loco scriptus.

(3) Jure legis Papiæ eo demum tempore libertas relicta competebat.

(4) Ex hoc loco concludit Cujacius regulam Catonianam non fuisse observatam in his in quibus legi Papiæ locus erat; quum in hac specie libertas ab initio inutiliter relicta duobus, ex postfacto morte alterius in superstite convalescat.

insolvable à sa mort, avait donné la liberté à deux ou plusieurs de ses esclaves, en ordonnant de leur restituer sa succession par fidéicommis, et que l'héritier institué refusât d'accepter la succession, il était forcé à l'accepter, et à faire parvenir à la liberté celui qui était institué au premier rang, ainsi qu'à lui faire restituer la succession. Il faut observer la même chose, par rapport à ceux à qui la liberté a été donnée par fidéicommis. C'est pourquoi, si celui qui a été institué le premier veut accepter la succession, il n'y a plus de difficultés, parce que si les autres prétendaient aussi être libres et demandaient qu'on leur restituât l'hérédité, on examinerait devant le préteur si la succession était solvable, et s'il y avait lieu de la leur restituer après les avoir affranchis; mais ce premier étant absent, si le suivant demandait que la succession fût acceptée, il faudrait le débouter de sa demande (1), parce que si le premier voulait qu'on lui restituât l'hérédité, il serait préféré, et ce second resterait esclave (2) ».

Mais que faut-il dire s'il n'est pas possible de décider lequel a été le premier institué ?

Par exemple, « un testateur insolvable avait ordonné par son testament que deux de ses esclaves, nommés Apollonius, fussent ses héritiers et qu'ils fussent libres. L'un des deux étant mort avant l'ouverture du testament (3), on pourra soutenir avec avantage que le survivant doit être libre (4) et héritier nécessaire; mais si l'un et l'autre ont survécu au testateur, il faut dire que leur institution est nulle en vertu de la loi Ælia-Sentia, qui ne permet de faire qu'un héritier nécessaire ».

« Parce qu'ils se nuisent l'un à l'autre réciproquement.

XIV. La seconde restriction consiste, en ce que le testateur insolvable peut seulement instituer un esclave son héritier nécessaire en fraude de ses créanciers, dans le cas où aucun autre héritier institué, n'importe à quel degré, ne veut accepter la succession.

C'est pourquoi, « si un héritier insolvable a institué un esclave héritier en lui donnant la liberté, et lui a substitué un homme libre, il faudra commencer par le substitué, parce que la loi Ælia-Sentia ne conserve la liberté à l'héritier institué en fraude des créanciers, qu'autant que personne ne peut se porter héritier en fraude du testament ».

(1) Jusqu'à ce qu'on ait connu les forces de la succession, ou que le premier ait consenti à ce qu'elle soit restituée au second plutôt qu'à lui.

(2) Celui qui est institué au second degré.

(3) La liberté ne lui était donnée qu'alors d'après la loi Papia.

(4) Cujas conclut de là que la règle Catonienne n'est pas observée lorsqu'il y avait lieu à la loi Papia, puisque dans cette espèce la liberté inutilement laissée à deux était confirmée au survivant après la mort de l'autre.

Pariter, « si is qui solvendo non est, primo loco Stichum, secundo eum, cui ex fideicommissi causa libertatem debet, liberum et heredem instituerit, Neratius secundo loco heredem scriptum fore ait (1); quia non videtur creditorum fraudandorum causa manumissus ». *l.* 5. Paul. *lib.* 1. *ad leg. Æliam-Sent.*

Tamen « ei, qui solvendo non est, aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat, et præterea alius heredes adjiciatur : veluti si servo cum libertate herede instituto, ita adjectum sit, *si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto.* Nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest : quum autem semel heres extiterit servus, non potest adjectus efficere, ut qui semel heres extitit, desinat heres esse ». *l.* 88. Gaius, *lib. sing. de Casibus.*

XV. Hactenus de lege Ælia-Sentia. Quæcumque autem alia lex obstet libertati servi testatoris, non potest a testatore scribi heres. Hinc Marcianus : « Interdum nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur; ut constitutione divorum Severi et Antonini significatur, cujus verba hæc sunt : « *Servum* « adulterii accusatum, non jure testamento manumissum ante » sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerit ejusdem crimi- » nis postulata, rationis est. Quare sequitur ut in eumdem a do- » mina collata institutio, nihil momenti habeat ». *l.* 48. §. 2. Marc. *lib.* 4. *instit.*

XVI. Quando autem nulla lex obstat libertati, adeo pendet institutio servi proprii a libertate ipsi relicta, ut nisi simul deferantur, non valeat institutio.

Hinc « talem institutionem quidam valere non putabant : *Stichus liber esto : et, si liber erit, heres esto.* Sed divus Marcus rescripsit hanc institutionem valere (2), perinde atque si non erat adjectum, *si liber erit* ». *l.* 51. Marc. *lib.* 3. *reg.*

Sed et « si quis ita scripserit : *Stichus liber esto : et posteaquam liber erit, heres erit, heres esto* : Labeo, Neratius et Aristo opinantur, detracto verbo medio *postea*, simul ei et liber-

(1) Quum libertas ei fuerit debita, libertas et institutio ejus non fraudat testatoris creditores; adeoque præferendus est.

(2) Ratio dubitandi erat, quod in hac specie libertas videretur præcedere institutionem; quod ratio juris non patitur, quum libertas et cætera quæ testamento continentur, vires ex institutione accipiant. Unde colligebatur libertatem in hac specie inutiliter cedere, adeoque et institutionem corruere, quum servi proprii institutio sine libertate non valeat. Ratio autem decidendi fuit, quod, sola figura verborum quæ attendi non debet, libertas in hac specie institutionem præcederet; revera autem ex voluntate testatoris utraque simul deferatur.

De même, « si le testateur insolvable a institué héritier au premier degré l'esclave Stichus, en lui donnant la liberté, et au second, celui à qui il doit la liberté en vertu d'un fidéicommis, Neratius dit que ce dernier sera institué au second degré (1) parce qu'il n'est pas censé affranchi en fraude des créanciers ».

Cependant, il arrive quelquefois que l'esclave du testateur insolvable soit son héritier et obtienne la liberté, et de plus, qu'on lui adjoigne un autre héritier, comme si le testateur en instituant un esclave, et en lui donnant la liberté a dit : si Stichus est mon héritier, que Titius le soit aussi; parce que Titius ne peut pas être héritier avant que Stichus le soit en vertu du testament; et que, quand un esclave a été une fois héritier, celui qui lui est adjoint ne peut pas empêcher qu'il le soit ».

XV. Jusqu'ici on a parlé de la loi Ælia-Sentia ; mais quelle que soit une autre loi qui s'oppose à la liberté de l'esclave du testateur, celui-ci ne peut pas l'instituer héritier. C'est pourquoi Marcian dit : « Quelquefois un esclave ne peut pas être utilement institué héritier avec la liberté par sa maîtresse, comme le dit la constitution des empereurs Sévère et Antonin, dont voici les termes : « La raison d'équité veut qu'un esclave accusé d'adultère, soit censé n'être pas légitimement affranchi par le testament d'une femme accusée du même crime, jusqu'à la sentence à intervenir sur cette question; d'où suit que l'institution d'héritier qu'elle aurait ajoutée à sa liberté doit être réputée nulle ».

XVI. Mais quand aucune loi ne s'y oppose, l'institution de l'esclave dépend de sa liberté, de manière que l'un et l'autre restent en suspens, ou que l'institution est nulle.

C'est pourquoi « quelques jurisconsultes pensaient qu'on ne pouvait pas instituer un pareil héritier, en disant que Stichus soit libre, et s'il est libre, qu'il soit héritier; mais l'empereur Marc-Aurèle décida, par un rescrit, que cette institution devait valoir (2), comme si le testateur n'eût pas ajouté s'il est libre ».

Et même « si un testateur a dit que Stichus soit libre, et quand il sera libre qu'il soit héritier; Labéon Nératius et Aristo pensent que sans avoir égard aux mots, *après* qu'il sera libre, on doit lui

(1) La liberté lui étant due, cette liberté et son institution ne sont pas en fraude des créanciers, et par conséquent il doit être préféré.

(2) La raison de douter était que dans cette espèce la liberté paraissait précéder l'institution ; ce que la raison du droit ne permet pas, puisque la liberté et toutes les autres dispositions du testament ne valent que par l'institution ; d'où l'on concluait que la liberté était inutilement donnée dans cette espèce, et que par conséquent l'institution était nulle, puisqu'un maître ne pouvait pas instituer son esclave sans lui donner la liberté ; mais la raison de décider fut que si d'après l'ordre des expressions la liberté se trouvait placée avant l'institution, on ne devait pas y avoir égard, puisqu'en effet le testateur avait voulu en même tems donner l'un et l'autre.

tatem et hereditatem competere (1). Quæ sententia mihi quoque vera videtur ». *l.* 9. §. 14. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

Vice versa, « si sic scriptum sit : *Stichus heres esto, et, si heres erit, liber esto ;* vel sic : *heres esto ; et, posteaquam heres erit, liber esto :* puto dicendum valere et libertatem et institutionem (2) ». *d. l.* 9. §. 15.

Imo longius adhuc porrectus est favor; nam « si servum meum pure heredem scripsero, sub conditione liberum, differtur institutio in id tempus quo libertas data est ». *l.* 3. §. 1. Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

Justinianus autem constituit ut ita quidem obtineret, si conditio potestativa esset. Quod si casualis, et hereditas solvendo esset, voluit institutionem quidem (ut diximus) a conditione libertati adscripta pendere, ipsam vero libertatem conditione defecta nihilominus competere. Quod si hereditas non solvendo sit, voluit omnino insuper haberi conditionem. *l. fin. cod.* 6. 27. *de necess. serv. hered.*

XVII. Quod diximus, institutionem servi proprii pendere a libertate ipsi relicta, tamdiu demum obtinet, quandiu in eadem causa mansit. Si enim postea alienatus fuerit vel manumissus, institutio ejus non pendebit a libertate ipsi relicta ; et valebit, licet defecerit libertati adscripta conditio ; modo tamen, quum nondum defecta esset, fuerit alienatus vel manumissus.

Unde « si quis servum suum liberum sub conditione, heredem pure scripsisset, eumque vendidisset; pendente conditione, jussu emptoris servus adire hereditatem potest; quia constitit institutio, et est qui jus imperandi habet ». *l.* 38. §. 2. Jul. *lib.* 30. *digest.*

« Quod si post defectam conditionem alienatus fuisset, non potest jussu emptoris hereditatem adire; quia eo tempore ad eum pervenisset, quo jam extincta institutio (3) inutilis fuerat ». *d. l.* 38. §. 3.

Quum autem institutio servi, qui postea alienatus manumissusve est, desinat pendere a conditione libertatis ipsi testamento re-

(1) Eædem rationes dubitandi et decidendi, atque in nota præcedenti.

(2) Ratio dubitandi, quod institutio præcedere videretur libertatem : quod item ratio juris non patitur ; quum non possit ille heres fieri heres quin sit liber. Ratio decidendi, ut hic, supra not. (2).

(3) Quum eo tempore defecerit conditio libertatis, quo adhuc in eadem causa maneret; eo tempore defecit conditio libertatis, quo adhuc in eadem causa maneret ; eo tempore defecit, quo adhuc a libertate penderet institutio ; adeoque, deficiente libertatis conditione, extincta est institutio.

donner tout à la fois la liberté et la succession (1). Je trouve aussi cette opinion fondée.

Réciproquement « si le testateur a dit que Stichus soit héritier, et s'il est héritier qu'il soit libre, ou bien qu'il soit héritier, et quand il sera héritier qu'il soit libre ; je pense qu'il faut dire qu'il doit obtenir la liberté et la succession (2) ».

La faveur a même été portée plus loin à cet égard. Car, « si j'ai institué purement et simplement mon esclave héritier, et que je lui aie donné la liberté sous condition, l'effet de son institution sera différée jusqu'à ce que la condition mise à liberté soit remplie ».

Mais Justinien a décidé par une constitution qu'il en serait ainsi dans le cas où la condition serait potestative ; mais que si elle dépendait d'un événement, et que l'hérédité fût solvable, l'institution dépendrait de la condition imposée à la liberté, mais que quand même cette condition ne serait pas remplie il n'en serait pas moins libre. Relativement au cas où la succession serait insolvable, il a voulu que la condition fût alors réputée non avenue.

XVII. Ce que nous avons dit que l'institution de l'esclave dépendait de la liberté qui lui avait été laissée, n'a lieu qu'autant que l'esclave est resté dans le même état ; car s'il a été vendu ou affranchi depuis, son institution ne dépendra plus de la liberté qui lui a été laissée, et vaudra quoique la condition opposée à sa liberté n'ait pas été remplie, pourvu cependant qu'elle pût encore l'être quand il a été vendu ou affranchi.

C'est pourquoi « si un testateur a donné la liberté à son esclave sous condition, en l'instituant héritier purement et simplement, et qu'il l'ait ensuite vendu ; il pourra accepter la succession par l'ordre de l'acheteur, avant que la condition de sa liberté soit remplie, parce que son institution subsiste, et qu'il existe quelqu'un qui a le droit de lui commander cette adition d'hérédité ».

« Mais s'il eût été vendu depuis que cette condition ne pouvait pas être remplie, il ne pourrait pas accepter la succession par ordre de son nouveau maître, parce qu'elle ne lui aurait appartenu que depuis que son institution était éteinte (3) et annullée ».

Mais comme l'institution d'un esclave vendu ou affranchi, depuis le testament, cesse de dépendre de la condition mise à sa li-

(1) Les raisons de douter et de décider sont les mêmes que dans la note précédente.

(2) La raison de douter était que l'institution paraissait précéder la liberté ; ce que la raison du droit ne permet pas, puisqu'un esclave ne peut être devenu héritier que quand il est libre. La raison de décider est la même que dans la note (2).

(3) Puisque la condition de sa liberté a cessé de pouvoir être remplie pendant qu'il était encore dans le même état, elle a donc cessé de pouvoir l'être dans un tems où son institution était encore en suspens, et par conséquent éteint cette institution.

lictæ, sequitur non differri hanc institutionem ad tempus existentiæ hujus conditionis, quemadmodum differretur si in eadem causa mansisset.

Hinc « si servus, cum libertate (1) sub conditione heres institutus, vivo testatore libertatem consecutus sit; etiam pendente conditione testamentariæ libertatis, adire hereditatem potest ». *l.* 7. Jul. *lib.* 30. *digest.*

« Item sive testator eum alienaverit, sive heres post mortem testatoris, jussu domini (2) hereditatem adibit ». *d. l.* 7. §. 1.

« Si servus ex die libertatem acceperit, et hereditatem pure, mox sit alienatus, vel manumissus, videamus an institutio valeat? Et quidem, si alienatus non esset, potest defendi institutionem valere; ut die veniente libertatis quæ hereditatem moratur, competente libertate et heres necessarius existat ». *l.* 9. §. 17. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

« Sed et si pure fuerit heres institutus, libertate in diem data, si sit alienatus vel manumissus, dici debet heredem eum posse existere ». *d. l.* 9. §. 19.

Videtur autem in eadem causa mansisse servus, quum jus duntaxat aliquod in eo constitutum est. Hinc statim subjicitur : « Sed, etsi non ipse servus sit alienatus, sed ususfructus in eo, æque institutio valet; sed differtur in id tempus quo extinguitur ususfructus ». *d. l.* 9. §. 20.

XVIII. Vidimus servum proprium recte heredem institui, modo justa libertas ei relinquatur; institutio autem ejus sine libertate non valet, ne quidem si facta esset in eum casum quo liber fieret.

Hinc, « servus alienus ita heres institui potest, *quum liber erit*; proprius autem ita institui non potest ». *l.* 21. *ff.* 28. 7. *de condition. instit.* Celsus, *lib.* 16. *dig.*

« *Quia* ratio suadet eum qui libertatem dare potest, ipsum debere aut præsenti die, aut in diem, aut sub conditione dare libertatem; nec habere facultatem, in casum a quolibet obvenientis libertatis, heredem instituere ». *l.* 22. *d. tit.* Gaius, *lib.* 18. *ad ed. prov.*

Cæterum opus non est ut expresse relinquatur servo propria libertas; et facile præsumitur relicta.

Hinc Antoninus : « Quum servi constituti sub appellatione *li-*

(1) Ita restituit Cujacius pro eo quod vulgo legitur *communis*. Et vero ex contextu patet, non institutioni, sed libertati in hac specie conditionem adscriptam fuisse.

(2) *Domini* cui alienatus est; nec proinde expectanda erit conditio libertatis.

berté, il s'ensuit que cette institution n'est pas différée au tems où la condition sera remplie, comme elle le serait s'il fût resté dans le même état.

C'est pourquoi « si l'esclave à qui la liberté a été donnée (1), et qui a été institué héritier sous condition, devient libre du vivant du testateur; il peut accepter la succession avant que la condition de sa liberté soit remplie ».

« Et soit que le testateur l'ait aliéné, ou son héritier après sa mort, il pourra accepter la succession par l'ordre de celui à qui il a été vendu (2) ».

« Examinons si l'institution de l'esclave qui a reçu sa liberté à une époque déterminée, et a été héritier purement et simplement, vaudra dans le cas où il aurait été ensuite vendu ou affranchi. S'il n'avait pas été aliéné, on pourrait dire que son institution vaudrait à l'effet de le rendre héritier nécessaire au terme où il devrait acquérir cette liberté qui retarderait l'effet de son institution.

« Et même s'il a été institué héritier purement et simplement, et doit devenir libre à un jour fixe, il faut dire qu'il sera heritier quoiqu'il ait été aliéné ou affranchi ».

Mais l'esclave est censé toujours dans le même état lorsqu'on n'a encore donné qu'un droit sur lui. C'est pourquoi le jurisconsulte ajoute immédiatement que « si on n'a pas aliéné l'esclave lui-même, mais seulement l'usufruit de cet esclave, son institution n'en vaudra pas moins; mais l'effet en sera suspendu jusqu'à ce que cet usufruit soit éteint ».

XVIII. Nous avons vu qu'un testateur peut régulièrement instituer son esclave, pourvu qu'il lui laisse en même tems une liberté entière; mais sans cela l'institution serait nulle, lors-même qu'elle ne devrait avoir lieu que quand il serait libre.

C'est pourquoi « on peut instituer héritier un esclave étranger, avec la clause quand il sera libre, mais on ne peut pas instituer de la même manière son esclave ».

« Parce que la raison veut que celui qui peut donner la liberté la donne actuellement, ou à un terme ou sous condition, et qu'il n'ait pas la faculté de l'instituer dans le cas où il sera devenu libre par un événement incertain ».

Toutefois il n'est pas besoin de laisser expressément la liberté à son propre esclave, et on présume facilement cette intention dans le testateur.

C'es pourquoi Antonin dit : « Ayant été institués héritiers sous

(1) C'est ainsi que Cujas rétablit ce texte, où on lit ordinairement *communis*; et le contexte prouve que la condition a été mise dans cette espèce à la liberté et non à l'institution.

(2) Et par conséquent il ne faudra pas attendre l'exécution de la condition mise à sa liberté.

bertorum heredes scripti essetis, ea scriptura benigna interpretatione perinde habenda est, ac si liberi et heredes instituti fuissetis: quod in legato locum habet ». *l.* 1. *cod.* 6. 27. *de necessar. serv. hered.*

Justinianus vero constituit ut, ex eo solo quod servus a domino heres scriptus esset, præsumeretur ei relicta libertas : et quidem ita ut, etiamsi postea codicillis adscripta esset, præsumeretur ibi ex abundanti adscripta et jam testamento relicta. *l.* 5. *cod. d. tit.*

§. II. *De servis alienis aut communibus.*

XIX. « Non minus servos quam liberos heredes instituere possumus : si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus : quum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est ». *l.* 31. Gaius, *lib.* 17. *ad ed. prov.*

Hinc V. G. perperam institueremus servum peregrini. Tamen quamvis (ut supra vidimus) jure Pandectarum municipes et collegia non possint institui heredes, « servus municipum, vel collegii, vel decuriæ, heres institutus, manumissus vel alienatus adibit hereditatem ». *l.* 25. §. 1. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel. omitt. hered.* Ulp. *lib.* 8. *ad Sab.*

XX. « Servus alienus vel totus, vel pro parte, sine libertate heres institui potest ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

« Quare etiam heres institui sine libertate, ut alienus, socio herede scripto poterit (1); quia et proprius (2) cum domino heres institui poterit ». *l.* 89. *quare etiam* Paul. *lib.* 2. *manual.*

§. III. *De servis alicujus hereditatis jacentis, et de servis eorum qui post mortem testatoris nati sunt.*

XXI. « Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere ». *l.* 31. §. 1. Gaius, *lib.* 17. *ad ed. prov.*

Cæterum, « servus hereditarius heres institui potest (3), si modo testamenti factio fuit cum defuncto; licet cum herede instituto non sit ». *l.* Paul. *lib.* 2. *reg.*

Simili ratione, « ejus servum, qui post mortem meam natus erit

(1) Servus scilicet mihi et heredi, quem scribo communis.

(2) Heredis.

(3) Ratio dubitandi erat, quod servi debent habere ex persona dominorum testamenti factionem : is autem nullum habet dominum. Ratio decidendi : imo videtur habere dominum, quum hereditas repræsentet personam defuncti, cum quo, si adhuc viveret, esset testamenti factio.

la dénomination d'affranchis, quoique vous fussiez encore esclaves, cette dénomination doit être regardée comme n'ayant point été écrite, et il doit en être comme si vous aviez été déclarés libres et institués héritiers; ce qui a pareillement lieu par rapport aux légataires ».

Justinien voulut que dès qu'un esclave serait institué héritier, le testateur fut censé lui avoir donné la liberté; et il en était encore ainsi quoiqu'il l'eût ensuite donnée par codicille, de manière qu'en ce cas le testateur était présumé l'avoir donnée surabondamment par le codicille, l'ayant déjà donnée par son testament.

§. II. *Des esclaves étrangers ou communs.*

XIX. « Nous ne pouvons pas moins instituer des esclaves que des hommes libres, pourvu qu'ils soient esclaves de ceux que nous pourrions instituer eux-mêmes, depuis qu'on peut faire testament en faveur des esclaves à cause de leur maître ».

C'est pourquoi, par exemple, l'institution de l'esclave d'un étranger est nulle, et cependant quoique, comme nous l'avons vu, il ne soit pas permis, par le droit des Pandectes, d'instituer un corps de ville non plus qu'une communauté, « l'esclave d'un corps de ville, d'une communauté ou d'une décurie, institué héritier, peut accepter la succession soit qu'il soit affranchi ou aliéné ».

XX. « Un esclave étranger en tout ou en partie peut être institué héritier sans qu'on lui donne la liberté ».

« C'est pourquoi aussi il peut être institué héritier sans qu'on lui donne la liberté comme étranger, pourvu qu'on ait aussi institué celui qui en possède l'autre partie (1), parce qu'on peut instituer héritier le maître et son esclave (2) ».

§. III. *Des esclaves d'une succession vacante et de ceux dont les maîtres sont nés depuis la mort du testateur.*

XXI. « Il a été décidé qu'un esclave héréditaire pourrait être institué héritier avant l'adition d'hérédité, parce qu'on a cru que la succession représentait le défunt et devait être regardée comme maîtresse de cet esclave ».

Mais « un esclave héréditaire peut être institué héritier, pourvu que son maître fût capable de recevoir par testament (3), quoique l'héritier institué ne le puisse pas ».

Par la même raison, « Labéon dit souvent que le testateur peut

(1) C'est-à-dire, l'esclave que je possède en commun avec celui que j'institue héritier.

(2) Celui de l'héritier.

(3) La raison de douter était que les esclaves doivent avoir la faculté de recevoir par testament dans la personne de leur maître, et que celui-ci n'a point de maître. La raison de décider est qu'au contraire il est censé avoir un maître, puisque la succession représente le défunt, qui, s'il vivait, aurait cette faculté.

heredem institui posse Labeo frequenter scribit (1). Idque verum esse manifesto argumento comprobat; quia servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis iste testamenti facti tempore nullius sit ». *l.* 64. Jav. *lib.* 7. *epist.*

§. IV. *De captivis et captivorum servis, item de servis pœnæ.*

XXII. « Is qui apud hostes est, recte heres instituitur (2); quia jure postliminii omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpuntur (3). Itaque, si reversus fuerit ab hostibus, adire hereditatem poterit ».

« Servus quoque ejus recte heres instituitur : et, si reversus sit ab hostibus, potest eum jubere adire hereditatem; si vero ibi decesserit (4), qui ei heres existet, potest per servum heres fieri ». *l.* 32. §. 1. Gaius, *lib.* 1. *de testam. ad edict. præt. urbani.*

XXIII. « Si quis plane servus pœnæ fuerit effectus, ad gladium, vel ad bestias, vel in metallum damnatus, si fuerit heres institutus, pro non scripto hoc habebitur : idque Divus-Pius rescripsit ». *l.* 25. §. 3. *ff.* 29. 2. *de acq. vel omitt. hered.* Ulp. *lib.* 8.

ARTICULUS III.

Quibus temporibus requiritur in herede testamenti factio?

XXIV. Hæc quæstio ad extraneos tantum heredes pertinere potest, quum alii statim ipso jure heredes fiant.

« In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur : testamenti facti, ut constiterit institutio; et mortis testatoris, ut effectum ha-

(1) Ratio dubitandi eadem atque in nota præced. Ratio decidendi : imo videtur habere dominum, eum scilicet posthumum. Non potuisset quidem ille posthumus heres institui : verum ut ex persona ejus servus ejus habeat testamenti factionem, sufficit quod, si jam viveret, esset cum illo testamenti factio.

(2) Ratio dubitandi, quia est servus hostium.

(3) Hæc ratio decidendi : status captivi propter jus postliminii (quo si revertatur, semper civis fuisse intelligitur) est interim magis in pendenti, quam abruptus. Recte igitur heres instituitur, valebitque ejus institutio, et adire hereditatem poterit, si ab hostibus revertatur. Quod si apud eos decedat, corruet ejus institutio.

(4) Quum captivus qui apud hostes decedit, civis decessisse eo momento, quo captus est, fictione legis Corneliæ intelligatur : perinde est, quum servus eius institutus est, ac si servus cujuslibet hereditatis jacentis esset institutus. Talem autem institutionem valere, modo supra vidimus.

instituer héritier l'esclave de celui qui doit naître après sa mort (1), et il le prouve par un raisonnement irrésistible, tiré de ce qu'un esclave héréditaire peut être institué héritier avant que la succession fût acceptée, quoiqu'il n'appartienne encore à personne ».

§. IV. *Des captifs, de leurs esclaves et des esclaves de la peine.*

XXII. « Celui qui est au pouvoir des ennemis peut être régulièrement institué héritier (2), parce que tous les droits de citoyen sont en suspens dans sa personne en vertu du droit de retour (3), ce qui fait que s'il revient de chez les ennemis il pourra accepter la succession ».

« Son esclave peut aussi être régulièrement institué parce que, s'il revient de chez les ennemis, il pourra lui ordonner d'accepter la succession, et que s'il y meurt (4) son héritier peut obtenir la succession par lui ».

XXIII. « Certainement celui qui est devenu esclave de la peine comme condamné au glaive, aux bêtes ou aux mines, aura été inutilement institué héritier, et sera censé ne l'avoir pas été, comme le dit un rescrit d'Antonin-le-Pieux ».

ARTICLE III.

Dans quel tems la faculté de recevoir par testament est requise dans l'héritier.

XXIV. Cette question ne peut regarder que les héritiers étrangers, puisque les autres sont héritiers de plein droit.

« On examine, par rapport aux héritiers étrangers, s'ils peuvent recevoir par testament du défunt, soit qu'ils soient institués eux-mêmes, ou ceux qui sont sous leur puissance, et on considère cette faculté dans deux tems différens; savoir: celui où le testament a été fait pour savoir si l'institution est valide; et celui de la mort du testateur pour savoir si elle aura son effet; et il doit de plus être capable de recevoir par testament quand il acceptera

(1) La raison de douter est la même que dans la note précédente; la raison de décider est qu'au contraire il est censé avoir un maître dans ce posthume; ce posthume n'aurait pas à la vérité pu être institué héritier; mais pour que son esclave ait par lui la faculté de recevoir par testament, il suffit qu'il l'eût eue s'il eût été né.

(2) La raison de douter est qu'il est esclave des ennemis.

(3) Telle est la raison de décider, c'est-à-dire, que l'état de captif à cause du droit de retour, qui le fait réputer avoir toujours été citoyen romain s'il revient, est plutôt suspendu que perdu pendant cet intervalle. Il sera donc régulièrement institué; son institution vaudra, et il pourra obtenir la succession s'il revient de chez les ennemis; mais s'il y meurt son institution sera sans effet.

(4) Comme le captif qui meurt chez les ennemis est réputé être mort au moment où il a été pris, par la fiction d'après la loi Cornélia, c'est comme si son esclave eût été institué héritier d'une succession vacante, et nous avons vu ci-dessus qu'une pareille institution était valide.

beat : hoc amplius, et quum adibit hereditatem (1), esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris heredi non nocet; quia (ut dixi) tria (2) tantum tempora inspicimus ». *l.* 49. §. 1. Flor. *lib.* 10. *instit.*

Item Ulpianus : « Solemus dicere *media tempora non nocere.* Ut puta, civis romanus heres scriptus, vivo testatore factus peregrinus, mox ad civitatem romanam pervenit : media tempora non nocent. Servus alienus sub conditione heres scriptus, traditus est servo hereditario (3), mox usucaptus ab extraneo : non est vitiata (4) institutio ». *l.* 6. §. 2. Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Pariter Celsus : « Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est; heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit, redierit; aut, si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis et in bonorum possessionibus ». *l.* 59. §. 4. Celsus, *lib.* 16. *dig.*

XXV. Testamenti factionem noli confundere cum jure capiendi,

(1) Hoc non sic intelligendum est, ut tempus aditæ hereditatis sit tertium tempus : sed sic, ut testamenti factio, quæ tempore mortis testatori requiritur, non solo mortis testatoris instanti requirantur, quum institutio pura est, sed durare debeat donec heres adeat hereditatem. Tempus igitur mortis et tempus aditæ hereditatis non sunt duo tempora, sed unum quod a morte usque ad aditam hereditatem continuatur, quum pure facta est institutio. Quod si institutio sit conditionalis, testamenti factio, quæ tempore conditionis post mortem testatoris existentis requiritur, durare pariter debet donec adeat heres.

(2) Scilicet testamenti, mortis testatoris, et conditionis existentis.

(3) Servo hereditatis jacentis testatoris.

(4) Nec enim nocet medium tempus quo servus ille fuit servus hereditatis testatoris; adeoque in ea causa ut non posset testatoris heres exsistere. Species legis est : servus alienus heres scriptus, traditus est ex aliqua causa servo hereditatis testatoris; mox servus hereditarius excidit possessione servi illius heredis scripti, quem comparaverat et in peculio habebat. Si tempore existentis conditionis servus ille heres scriptus mansisset in hereditate testatoris, cui per servum hereditarium acquisitus fuerat, corruisset ejus institutio : non potest enim valere institutio servi qui sit hereditatis testatoris, sine libertate. Verum quum tempore existentis conditionis inveniatur usucaptus, valet institutio : nec enim attenditur medium tempus.

la succession (1), soit qu'il ait été institué purement et simplement, ou sous condition, parce qu'il doit principalement avoir la qualité d'héritier lorsqu'il prend possession de la succession; mais dans l'intervalle de la date du testament à la mort du testateur, ou à l'exécution de la condition mise à son institution, les changemens d'état qu'il aurait pu éprouver ne peuvent pas lui nuire, parce que, comme nous l'avons dit, on ne considère que les trois époques ci-dessus (2) ».

Ulpien dit aussi : « Nous avons coutume de dire que les tems intermédiaires ne nuisent pas : comme, par exemple, si un citoyen romain, institué héritier, devient étranger du vivant du testateur et recouvre ensuite le droit de cité, le changement d'état qu'il a éprouvé ne lui nuira pas. Si un esclave étranger, institué héritier sous condition, a été livré à un des esclaves héréditaires (3), mais a été acquise à un étranger par usucapion; l'institution n'en sera pas moins maintenue (4) ».

Celse dit également : « Si l'héritier institué était citoyen romain quand le testament a été écrit, mais qu'on lui ait interdit depuis le feu et l'eau, il obtiendra la succession s'il a purgé son bannissement avant la mort du testateur, ou, s'il a été institué sous condition, avant que la condition fût remplie. Il en est de même par rapport aux legs et à la possession des biens ».

XXV. Il ne faut pas confondre la faculté de recevoir par testa-

---

(1) Cela ne doit pas s'entendre en ce sens que le tems de l'adition d'hérédité soit le troisième tems, mais en ce sens que la faculté de recevoir par testament, exigée à la mort du testateur, ne soit pas seulement requise à cette époque, lorsque l'institution est pure et simple, mais qu'elles doivent subsister encore lorsque l'héritier accepte la succession; d'où suit que le tems de la mort et celui de l'adition d'hérédité ne sont pas deux tems différens, mais un seul et même tems, qui dure depuis la première de ces époques jusqu'à la seconde, lorsque l'institution est pure et simple; et si elle est conditionnelle, cette faculté requise lorsque la condition est remplie après la mort du testateur, doit pareillement subsister jusqu'à ce que l'héritier accepte la succession.

(2) C'est-à-dire, du testament, de la mort du testateur, et de l'exécution de la condition.

(3) A l'esclave de la succession du testateur vacante.

(4) Car le tems intermédiaire pendant lequel l'esclave a été celui de la succession du testateur, ne peut pas nuire; et par conséquent il est dans le cas de ne pouvoir en être héritier. Voici l'espèce de cette loi : un esclave étranger a été institué héritier, puis livré pour quelque raison à l'esclave de la succession du testateur, et ensuite a cessé d'être dans la possession de cet esclave institué héritier qu'il avait acheté et qu'il avait dans son pécule. Si au tems de l'exécution de la condition cet esclave institué héritier se fût trouvé dans la succession du testateur pour laquelle il avait été acquis par l'esclave héréditaire, son institution eût péri parce que l'institution d'un esclave appartenant à la succession du testateur ne peut pas valoir sans la liberté; mais comme il se trouve acquis par usucapion au tems où la condition est remplie, son institution est valide, parce qu'on n'a plus d'égard au tems intermédiaire.

quod ex novis legibus quibusdam personis denegabatur, ut cælibibus, etc. Hoc enim jus sufficit habere tempore delatæ hereditatis, aut etiam postea intra diem cretionis. De qua re vid. infra ad titulos *de legatis*, *part.* 5.

SECUNDA PARS.

Quæ sit forma institutionis heredis?

Circa formam institutionis heredis quæremus : 1°. de voluntate testatoris in instituendo herede, et hujus voluntatis significatione; 2°. quibus verbis fieri debeat institutio, et in quo testamenti loco; 3°. an ex certa re institutio heredis fieri possit; 4°. an quum unicus heres instituitur, possit ex parte institui; et quum plures instituuntur, an etiam sine parte institui possint, item an heredis institutio diem suscipiat; 5°. de fine quem testator in instituendo herede habere debet.

§. I. *De voluntate testatoris in herede instituendo, et hujus voluntatis significatione.*

XXVI. Ut heredis institutio recte facta intelligatur, ante omnia oportet ut testator eum quem heredem scripsit, voluerit sibi esse heredem.

V. G. « sed si, quum primum heredem ex parte dimidia scribere destinasset, primum et secundum scripsit : solus primus scriptus heres videbitur, et solus heres existet, quasi ex parte dimidia heres institutus (1) ». *l.* 9. §. 7. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

XXVII. Sicut non est heres quem testator scripsit, nisi hunc voluerit esse heredem; ita, vice versa, neo is quem voluerit heredem esse, nisi eum scripserit.

Hinc « quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans, veluti *frater meus* : placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur; neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est ». *d. l.* 9.

Quod dicimus, heredem non esse nisi qui scriptus sit, sic accipe : aut nuncupatus sit. « Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus». *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

(1) Altera autem dimidia ei accrescet.

ment, dont il s'agit, avec celle qui a été refusée par de nouvelles lois, à certaines personnes telles que les célibataires, etc.; et qu'il suffit d'avoir au moment où la succession est déférée, ou même après jusqu'au jour de l'acceptation, sur quoi *voyez ci-après les titres des legs, part.* 5.

SECONDE PARTIE.

Quelle est la forme de l'institution d'héritier ?

Par rapport à la forme de l'institution d'héritier, nous examinerons : 1°. quelle doit être l'intention du testateur en instituant un héritier, et comment elle doit être énoncée ; 2°. en quel terme l'institution d'héritier doit être conçue et faite, et en quel lieu du testament ; 3°. si l'on peut instituer un héritier pour une partie de ses biens ; 4°. si, lorsque l'on institue un héritier unique, on peut le restreindre à une partie de la succession ; si, lorsque l'on en institue plusieurs, on ne peut pas énoncer pour quelle portion, et si l'institution d'héritier peut être faite pour avoir son effet à certains termes ; 5°. quelle fin doit se proposer le testateur en instituant un heritier.

§. I. *De l'intention du testateur en instituant un héritier, et de la manière dont il faut s'expliquer.*

XXVI. Pour que l'institution d'héritier soit censée régulièrement faite, il faut avant tout que le testateur ait voulu avoir pour héritier celui qu'il a institué.

Par exemple, « si le testateur ayant voulu instituer pour moitié celui qu'il a institué le premier, et l'a ensuite institué pour l'autre moitié, cet héritier sera censé être seul institué, et aura, comme tel, la moitié de la succession, n'ayant été institué le premier que pour moitié (1) ».

XXVII. Comme celui que le testateur a institué, n'est héritier qu'autant qu'il en a eu l'intention ; de même, celui qu'il a eu l'intention d'avoir pour héritier, ne l'est qu'autant qu'il l'a institué.

C'est pourquoi, « toutes les fois que voulant avoir quelqu'un pour héritier, il en a institué un autre en se trompant sur la personne ; comme, par exemple, s'il a dit j'institue mon frère, il a été décidé que l'institué n'était pas héritier, parce que la volonté du testateur ne l'indiquait pas, et celui qu'il voulait instituer ne l'est pas davantage, parce qu'il n'a pas été institué ».

Ce que nous disons, qu'il n'y a que celui qui a été institué qui soit héritier, s'entend en ce sens, qu'il ne l'a été ni par écrit, ni verbalement ; « car nous entendons aussi par héritier institué, celui qui a été déclaré tel verbalement ou par écrit ».

(1) Mais il aura l'autre moitié par droit d'accroissement.

Per consequentias autem non inducitur institutio ejus qui nec scriptus, nec nuncupatus est.

Hinc Javolenus : « Hereditas ad Statium-Primum nullo jure pertinet; quum institutus heres non sit. Nec quidquam ei prodest quod ab eo aliquid legatum (1) est, aut libertus ei defuncti testamento commendatus est, ex quo, si manumissus non est, servus est ». *l.* 65. *lib.* 12. epist.

XXVIII. Cæterum, « si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo quod contumeliæ causa solet addi (2); valet institutio ». *sup. d. l.* 9. §. 8.

Hinc « nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse, *hic mihi heres esto;* quum sit coram qui ostenditur ». *l.* 58. Paul. *lib.* 4. *ad Vitellium.*

At « quotiens non apparet quis heres institutus sit, institutio non valet : quippe evenire potest (3), si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur; nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit». *l.* 62 §. 1. Modest. *lib.* 2. *Pandect.*

Ergo « heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest». *l.* 9. §. 9. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

XXIX. An autem certo demonstratus intelligi debeat in speciebus sequentibus, quæritur ? « Si quis ita dicerit : *Uter ex fratribus meis* (*Titio et Mævio*) *Seiam uxorem duxerit, ex dodrante; uter non duxerit, ex quadrante heres esto;* hic recte factam institutionem esse certum est; sed quis, ex qua parte? incertum ». *d. l.* 9. §. 10.

« Plane erit similis, si ita institutio facta fuerit : *Uter ex supra scriptis fratribus meis Seiam uxorem duxerit, heres esto.* Sed et hanc puto valere institutionem, quasi sub conditione factam ». *d. l.* 9. §. 11.

In utraque specie videtur testator certo desmontrasse quem heredem instituerit : in utraque enim ambos fratres suos heredes instituit. Et quidem in novissima specie, eorum institutio a conditione pendet, quasi singuli sub ea conditione scripti fuissent : in superiori autem specie, non eorum institutio, sed duntaxat por-

(1) Quum jure Pandectarum nonnisi ab herede legatum relinqui posset, sequi videtur, voluntatem defuncti fuisse ut esset heres. Sed hæc voluntas quæ per consequentias inducitur, non sufficit.

(2) Vid. infra §. 5.

(3) Quidam rectius legunt : *quod evenire oportet.*

D'où suit qu'on ne présume pas l'institution de celui qui n'a été déclaré héritier ni par écrit, ni verbalement.

C'est pourquoi Javolenus dit : « La succession n'appartient à aucun titre à Statius-Primus, puisqu'il n'a point été institué héritier ; et il ne peut rien conclure à cet égard, de ce qu'il a été chargé de payer des legs (1), ni de ce que le défunt lui a recommandé par son testament un de ses affranchis, lequel restera esclave s'il n'a pas été autrement mis en liberté ».

XXVIII. Au reste, « si un testateur n'a pas indiqué son héritier par son nom, mais d'une manière indubitablement équivalente, l'institution sera valable, à moins qu'il n'en ait usé ainsi pour en témoigner son mécontentement (2) ».

C'est pourquoi, « personne ne doute qu'on ne puisse régulièrement instituer un héritier, en déclarant qu'on veut que celui-là soit héritier, s'il est présent lorsque le testateur l'indique ainsi à des témoins »,

Mais toutes les fois qu'il n'apparaît pas qu'elle est la personne instituée, l'institution est nulle, ce qui doit arriver (3) si le testateur a plusieurs amis du même nom, et qu'il n'ait employé que le nom d'un au singulier, à moins qu'il ne soit autrement prouvé qu'elle est celle dont il a voulu parler ».

« Personne ne peut donc être institué héritier, s'il n'a pas été indiqué comme tel d'une manière certaine ».

XXIX. Toutefois, on demande si l'héritier est censé indiqué d'une manière certaine dans les espèces suivantes : « Si un testateur a dit : Je veux que celui de mes frères, Titius et Mævius, qui aura épousé Seia, soit mon héritier pour les trois quarts, et que celui qui ne l'aura pas épousée, le soit pour l'autre quart; il est certain que cette institution sera régulièrement faite, quoiqu'elle n'indique pas d'une manière certaine celui qui sera héritier pour les trois quarts ou pour un quart ».

« Il en sera certainement encore de même, s'il a dit je veux que celui de mes frères ci-dessus nommés, qui aura épousé Seia, soit mon héritier, je pense même que cette institution vaudra comme faite sous condition ».

Le testateur paraît, dans ces deux espèces, avoir indiqué d'une manière certaine celui qu'il voulait instituer son héritier, puisqu'il a institué dans l'une et l'autre les deux frères, et qu'il a même dans la dernière rendu leur institution dépendante de la même condition; mais dans la précédente, ce n'était pas leur institution

(1) Comme par le droit des Pandectes on ne pouvait charger que l'héritier de payer les legs, il paraît s'ensuivre que le défunt a voulu l'instituer héritier ; mais cette intention par conséquent ne suffit pas.

(2) Voyez ci-après, §. 5.

(3) Il y en a qui lisent, et avec raison, *quod evenire oportet.*

tionum discrimen a conditione pendet. Quod portionum discrimen obtinebit, si conditio nuptiarum in altero impleatur, in altero deficiat; non obtinebit autem, si in utroque impleatur : quod quomodo contingere possit, ita docet Marcellus :

« *Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante; qui non duxerit, ex quadrante heres esto.* Aut nubi alteri, aut non vult nubere (1). Consobrinam (2) qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem; erit alterius quadrans : si neuter eam duxerit uxorem (non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit), ambo in partes æquales admittuntur (3). Plerumque enim hæc conditio, *si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit*, ita accipi oportet, quod per eum non stet quominus ducat, det, aut faciat ». *l.* 23. *ff.* 28. 7. *de condit. institut.* Marcel. *lib.* 12. dig.

Idem hoc portionum discrimen non obtinet, si in utroque conditio deficiat. V. G. « *qui ex fratribus meis Titiam consobrinam uxorem duxerit, ex besse heres esto; qui non duxerit, ex triente heres esto.* Vivo testatore consobrina defuncta; ambo ad hereditatem venientes semisses habebunt; quia verum est eos heredes institutos, sed emolumento portionum nuptiarum eventu discretos ». *l.* 24. *ff. d. t.* Papin. *lib.* 6. resp.

Hæc circa has species notanda obiter fuerunt.

XXX. Vidimus constare debere de persona quæ instituitur heres. Pariter constare debet de conditione sub qua quis scriptus est : alioquin sciri non poterit an extiterit; adeoque an ex voluntate testatoris is sit heres, quem nonnisi in hujus conditionis eventum heredem esse voluit.

« Tantumdem Marcellus tractat, et in eo qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat ». *l.* 9. §. 5. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

« Idem tractat, et si testamentarius (4) contra voluntatem testatoris conditionem detraxit, vel mutavit, heredem non futurum, sed pro non instituto habendum ». *d. l.* 9. §. 6.

« Sed si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem

(1) Ulli.

(2) Primo casu, quum nubit alteri.

(3) Quasi in ambobus pro impleta habeatur conditio. Vid. infra, *lib.* 35. *tit* 1. *de condict. et demonstr.*

(4) Persona qua utitur testator ad scribendum testamentum.

qui était conditionnelle, c'était la portion de chacun dans la succession, qui dépendait de ce que l'un ou l'autre aurait épousé Seia, et qui devait différer si l'un deux l'épousait, et être la même si ni l'un ni l'autre l'épousait, ce qui pouvait arriver de la manière que va nous apprendre Marcellus.

« Celui de mes frères qui aura épousé notre cousine, sera mon héritier pour les trois quarts, et celui qui ne l'aura pas épousée, le sera pour l'autre quart. Elle en aura épousé un, ou ne voudra épouser ni l'un ni l'autre (1). Celui qui l'aurait épousée (2) aurait les trois quarts, et l'autre un quart. Si ni l'un ni l'autre ne l'a épousée (non parce que ni l'un ni l'autre n'aura voulu l'épouser, mais parce qu'elle n'aura pas voulu les épouser elle-même), tous deux partageront également (3). En effet, ordinairement la condition d'épouser une femme, de faire ou de donner quelque chose, sous-entend la condition qu'il n'y aura pas de la faute de celui qui devait la remplir, s'il ne l'a pas remplie ».

Cette différence de partage n'a pas lieu non plus, lorsque ni l'un ni l'autre n'a rempli la condition. Par exemple, « si le testateur a dit : Celui de mes frères qui aura épousé notre cousine, sera mon héritier pour les deux tiers, et celui qui ne l'aura pas épousée le sera pour l'autre tiers; la cousine venant à mourir du vivant du testateur, ses deux frères partageront la succession par la moitié, parce qu'il est vrai qu'ils ont été institués héritiers, et que leur portion ne devait différer que dans le cas d'un mariage qui n'a point eu lieu ».

Il fallait observer toutes ces choses sur les espèces que l'on vient de voir.

XXX. Nous avons vu qu'il devait apparaître de la personne instituée, comme aussi la condition sous laquelle elle l'a été, doit être spécifiée ou énonciative du fait, parce qu'autrement on ne pourait pas savoir si cette condition a été remplie, ni par conséquent quel était celui que le testateur a voulu qui fût son héritier sous cette condition.

« Marcellus dit la même chose par rapport à celui qui, voulant mettre une condition à son institution, a oublié de l'énoncer, parce qu'alors ils est censé n'avoir point fait d'institution ».

« Le même Marcellus dit que, si celui qui a écrit le testament (4), a omis la condition, ou l'a changée contre l'intention du testateur, l'institution sera nulle, et l'héritier institué sera censé ne l'avoir point été ».

« Mais que s'il a ajouté une condition contre la volonté du

(1) Aucun d'eux.

(2) Dans le premier cas où elle en aura épousé un.

(3) Comme si la condition avait été remplie par l'un et l'autre. Voyez le titre *des conditions et désignations testamentaires*, ci-après, *liv.* 35.

(4) La personne dont le testateur s'est servi pour écrire son testament.

futurum, nec nuncupatum videri quod contra voluntatem scriptum est. Quam sententiam et ipse et nos probamus ». *d. l.* 9. §. 5. *v. sed si.*

§. II. *Quibus verbis et in quo testamenti loco fieri debeat institutio heredis?*

XXXI. « His verbis, *Titius hereditatis meæ dominus esto*, recte institutio fit ». *l.* 48. Marc. *lib.* 4. inst.

« Heres institui recte potest his verbis : *Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse* (1) *jubeo* ».

« Illa autem institutio, *heredem instituto, heredem facio*, plerisque improbata (2) est Ulp. *fragm. tit.* 21.

Verum has in verbis scrupulositates improbavit lex 15. *cod.* 6. 23. *de testam.*

XXXII. Omissio alicujus vocabuli in heredis institutione, eam non vitiat. V. G. « si autem sic scribat, *Lucius heres;* licet non adjecerit *esto*. credimus plus nuncupatum, minus scriptum. Et si ita, *Lucius esto*, tandumdem dicimus. Ergo et si ita, *Lucius* solummodo? Marcellus non insubtiliter, non putat (3) hodie hoc procedere. divus autem Pius, quum quidam portiones inter heredes distribuisset ita : *ille ex parte tota, ille ex tota*, nec adjecisset *heres esto*, rescripsit valere institutionem. Quod et Julianus scripsit ». *l.* 1. §. 5. *lib.* 1. *ad Sab.*

« Idem divus Pius rescripsit, *illa uxor mea esto*, institutionem valere, licet deesset *heres* ». *d. l.* 1. §. 6.

Idem Julianus, *illum heredem esse* non putavit valere, quoniam deest aliquid. Sed et ipsa valebit, subaudito *jubeo* ». *d. l.* 1. §. 7.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Errore scribentis testamentum, juris solennitas mutilari nequaquam potest, quando minus scriptum, plus nuncupatum videtur. Et ideo recte testamento condito, quanquam desit *heres esto*, consequens est existente herede legata seu fideicommissa juxta voluntatem testatoris opportare dari ». *l.* 7. *cod.* 6. 23. *de testam.*

---

(1) De hac postrema specie forte dubium fuit, quia verbum *jubeo* interdum precario sensu accipitur; sed etiam habet significationem imperativam, ut infra videbimus ad titulos *de legatis.*

(2) Scilicet (ut recte ait Anton. Faber) quia his verbis magis narrat quam imperat.

(3) Sed Marcelli sententia non obtinuit, ut mox discimus ex *l.* 7. *cod.* 6. 23. *de testamentis.*

testateur, l'institué sera héritier sans y avoir égard, et on ne réputera pas déclaration verbale ce qui a été ecrit contre l'intention du défunt, opinion que le jurisconsulte adopte, et que nous adoptons nous-mêmes ».

§. II. *En quels termes et en quel lieu du testament l'institution d'héritier doit être faite.*

XXXI. « On peut faire régulièremen une institution, en disant que Titius soit le propriétaire de mon hérédité ».

« On peut régulièrement instituer un héritier, en disant : Titius, soyez mon héritier, que Titius soit mon héritier, ou j'ordonne que Tititus soit mon héritier (1) ».

« Mais plusieurs jurisconsultes ont déjà prouvé l'institution faite, en ces termes : J'institue un tel mon héritier, ou je fais mon héritier (2) ».

Mais ces subtilités de mots sont désapprouvés par la *l.* 15. *cod. sur les testamens.*

XXXII. L'omission d'un mot, dans une institution d'héritier, ne la vicie pas. Par exemple, « si un testateur a écrit *Lucius heres* sans ajouter *esto ;* nous croyons qu'il l'a voulu dire, s'il ne l'a pas dit ; nous croyons qu'il en est encore de même, s'il a dit seulement *Lucius esto.* Si donc le testateur a dit seulement Lucius, ce n'est pas sans subtilité que Marcellus ne pense pas que cette institution vaille aujourd'hui (3). Mais Antonin-le-Pieux dit dans un rescrit, que quelqu'un ayant distribué ses biens, en disant : *ille ex parte tota, ille ex tota*, sans ajouter *heres esto*, avait fait une institution régulière ; et Julien a pensé de même ».

« Antonin-le-Pieux dit aussi dans un rescrit, qu'un mari a bien institué sa femme héritière, en disant, que telle, ma femme, soit, sans ajouter mon héritière ».

« Le même Julien n'a pas pensé qu'il fût suffisant de dire : *Je veux que celui-ci soit héritier*, parce qu'il manquait quelque chose au sens de la phrase, mais que l'institution vaudrait en sous-entendant *jubeo* ».

Cela s'accorde avec ce que disent Dioclétien et Maximien : « Que les formalités du droit ne peuvent jamais souffrir de l'erreur de celui qui a écrit un testament, quand il est plus non-cupatif qu'écrit, et que par conséquent, lorsqu'un testament a été régulièrement fait, quoiqu'on n'y lise pas les mots *qu'il soit mon héritier*, il n'en faut pas moins que l'héritier obtienne l'effet du testament,

(1) Il pouvait y avoir quelque doute sur cette dernière espèce, parce que le mot *jubeo* n'exprime quelquefois qu'une prière ; mais il a quelquefois une signification impérative, comme on le verra dans la suite aux titres *des legs.*

(2) Parce qu'il raconte plutôt qu'il ne commande, comme l'a dit avec raison Antoine Dufaur.

(3) Mais l'opinion de Marcellus n'a pas été suivie, comme va nous l'apprendre la *l.* 7, au *cod. sur les testamens.*

XXXIII. Quod spectat locum institutionis in testamento, « qui testatur, ab heredis institutionis plerumque (1) debet initium facere testamenti ».

« Licet etiam ab exheredatione quam nominatim facit: nam divus Trajanus scripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Obtinuit etiam ut substitutio vulgaris possit ordine scripturæ antecedere institutionem. Cæterum, jure antiquo, « ante heredis institutionem legari non potest; quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit ». Ulp. *fragm. tit.* 24. §. 15.

Pariter Paulus: « ante heredis institutionem legari non potest: inter medias heredum institutiones, sive alter sive uterque adeat, potest ». Paul. sent. *lib.* 3. *tit.* 6. §. 2.

Justinianus autem constituit ut etiam ante heredis institutionem legari posset, ut vid. in instit. *lib.* 2. *tit.* 14. *de legatis.* §. 34.

§. III. *An ex certa re heredis institutio fieri possit?*

XXXIV. Quum heres definiatur successor in universum jus, sequitur quod ex re certa, aut ex parte alicujus rei certæ, heres institui non potest. Non tamen si id factum fuerit, institutio nulla erit; sed, detracta rei mentione, perinde erit ac si simpliciter sine ulla rei aut partis expressione heres scriptus esset.

V. G. « si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione ». *sup. d. l.* 1. §. 4.

Sed et « si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi: Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut, detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas (2) patrisfamilias manifestissime non refragatur ». *l.* 9. §. 13. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

Idem Paulus: « Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adjectis partibus heredes scripti essent. Nec enim facile ex diversitate partium portiones (3) inveniuntur. Ergo expeditius est quod Sabinus scri-

(1) Quædam enim sunt, quæ possunt præcedere heredis institutionem, ut mox dicetur: ideo dicit *plerumque.*

(2) Puta, si aliquo argumento appareret voluisse testatorem eos esse ex iisdem partibus heredes quas adscripserat eis in fundo.

(3) Finge: primus scriptus est heres ex triente fundi Titiani, secundus ex besse fundi Semproniani. Hæc species valde diversa est a specie in qua

et qu'il paie les legs et les fidéicommis, conformément à la volonté du testateur ».

XXXIII. Par rapport à la place de l'institution dans le testament, « celui qui fait son testament, doit ordinairement le commencer par l'institution d'héritier (1) ».

« On peut aussi le commencer par l'exhérédation de celui qu'on veut déshériter nommément; car l'empereur Trajan dit, dans un rescrit, qu'on peut le faire avant l'institution d'héritier ».

Il a été reçu aussi que la substitution vulgaire pût précéder l'institution; mais suivant le droit ancien, « on ne pouvait pas faire un legs avant d'instituer un héritier, parce que toute la force d'un testament dépendait de l'institution d'héritier ».

Paul dit également : « On ne peut pas faire un legs avant d'avoir institué un héritier; mais on le peut entre une première institution et une seconde, soit que l'un des institués, ou que l'un et l'autre accepte la succession ».

Justinien a voulu qu'on pût faire un legs avant d'avoir institué un héritier, comme on le voit dans ses Institutes, au *titre des legs*, §. 34.

§. III. *Si l'on peut instituer un héritier pour une certaine chose.*

XXXIV. Comme un héritier se définit un successeur à tout le droit du défunt, il s'ensuit qu'on ne peut pas instituer un héritier pour une partie de la succession; une pareille institution n'est cependant pas nulle, et vaut comme si l'héritier eût été institué purement et simplement, et qu'on n'eût pas dit qu'il le serait pour une partie.

Par exemple, « si quelqu'un a été institué seul pour un fonds de terre déterminé, l'institution vaudra comme si on n'eût pas fait mention du fonds de terre ».

Et même, « s'il a été institué deux héritiers, dont un pour la troisième partie du fonds de terre Cornélien, et l'autre pour les deux autres tiers; Celse pense à cet égard, d'après l'opinion de Sabinus, qu'ils doivent partager par moitié, comme si l'on n'eût pas fait mention de la division ci-dessus; pourvu néanmoins qu'il n'apparaisse pas que le père de famille ait voulu le contraire (2) ».

Paul dit pareillement, « si l'on a institué des héritiers par portion de deux fonds de terre différens, il en sera comme si on ne les eût pas institués par portions, parce qu'il serait trop difficile d'établir un pareil partage (3). Il vaut donc mieux, comme dit Sa-

(1) Car il y en a qui peuvent précéder l'institution d'héritier, comme on va le voir; c'est pourquoi il dit *ordinairement*.

(2) Par exemple, s'il y avait quelque preuve que le testateur eût voulu qu'ils n'eussent pas les portions de fonds de terre pour lesquels il les avait fait héritiers.

(3) On suppose que le premier institué est héritier pour un tiers du fonds de terre Titien, et le second pour deux tiers du fonds de terre Sempronien.

bit, perinde habendum ac si nec fundum, nec partes nominasset». *l.* 10. Paul. *lib.* 1. *ad Sab.*

Item Javolenus in hac specie : « *Attius fundi Corneliani heres esto mihi; duo Titii illius insulæ heredes sunto :* habebunt duo Titii semissem (1), Attius semissem; idque Proculo placet. Quid tibi videtur? Respondi : Vera est Proculi opinio ». *l.* 11. Javol. *lib.* 7. epistol.

Consonat quod ait Tryphoninus in specie sequenti : « Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et dum ignorat patri se suum heredem extitisse, decessit. Non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit; quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori. Quod jus iste (2) non habuerit, non magis quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus, universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes ». *l.* 19. §. 2. *ff.* 49. 17. *de castr. pecul.* Tryph. *lib.* 18. disp.

XXXV. Quod diximus, rei adjectionem detrahi, intellige quod ad jus institutionis attinet. Cæterum hæc rei adjectio valet ut huic heredi jure prælegati relicta res intelligatur, eamque salva Falcidia præcipere possit.

Hoc docet Papinianus : « Qui non (3) militabat, bonorum maternorum, quæ in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit; paternorum, quæ habebat in Syria, Titium : jure semisses ambos habere constitit; sed arbitrum dividendæ hereditatis supremam voluntatem, factis adjudicationibus (4) et interpositis propter

primus ex triente, alter ex besse ejusdem fundi scripti sunt. In hac enim specie manifeste testator assignavit secundo partem duplo majorem parte primi : quæ res locum facere potest quæstioni voluntatis, num pariter voluerit testator secundum in sua hereditate habere partem duplo majorem parte primi In specie vero nostræ legis non idem apparet, propter diversitatem pretiorum. Triens enim fundi Titiani potest æquipollere bessi fundi Semproniani.

(1) Duo *oratione* conjuncti, unius personæ vice funguntur.

(2) Qui desiit miles esse et est veteranus, adeoque paganus.

(3) Speciem ponit in non militante; nam miles potest ex re certa heredem facere; ut videb. infra, *lib. seq. tit.* 1. *de testam. milit.*

(4) Id est, adjudicabit liberto bona materna Pannoniæ, et Titio bona pa-

bions, le faire comme s'il n'eût point été question de portions, ni des fonds de terre à partager ».

Javolenus dit aussi dans l'espèce suivante : « Un testateur a dit : Je veux qu'Attius soit mon héritier pour le fonds de terre Cornélien, et que les deux Titius le soient pour telles maisons. Les deux Titius auront la moitié (1), et Attius l'autre moitié, suivant l'avis de Proculus; qu'en pensez-vous ? J'ai répondu que l'opinion de Proculus était fondée ».

A quoi est conforme ce que dit Tryphoninus dans l'espèce suivante : « Un fils de famille non militaire, a disposé par testament de son pécule castrense, et est mort ne sachant pas qu'il était héritier sien de son père. Il ne peut pas être censé avoir testé de ces biens castrenses, et être mort *intestat* par rapport à ses biens paternels, quoiqu'il ait été décidé par un rescrit que cela se pouvait pour un militaire, parce que de tout tems un militaire a pu mourir ayant testé en partie, et en partie *intestat*, droit que n'avait point celui dont il s'agit (2), non plus que celui de tester sans observer les lois; l'héritier institué pour le pécule castrense, le sera donc pour tous les biens, comme le serait celui qui aurait été institué par un pauvre, qui n'aurait pas su qu'il aurait fait fortune par ses esclaves ».

XXXV. Ce que nous avons dit, qu'on n'avait point égard à l'énonciation de la chose, se rapporte à la validité de l'institution; car cette mention subsiste, à l'effet de faire regarder la chose comme donnée à titre de préciput, et à la faire prélever par l'héritier, sauf le droit de la quarte falcidique.

Ainsi l'enseigne Papinien : « Un homme non militaire (3) institua un affranchi héritier des biens maternels qu'il possédait en Pannonie, et Titius héritier des biens paternels qu'il avait en Syrie. Il fut jugé qu'ils devaient partager par moitié, mais que l'arbitre chargé du partage, devait se conformer à la volonté du défunt, après avoir fait les adjudications (4) et exigé les cautions

---

Cette espèce est bien différente de celle où le premier est institué pour un tiers et le second pour deux tiers du même fonds de terre; car dans cette dernière le testateur a évidemment assigné au second une portion du double plus forte que celle du premier, ce qui donne lieu à la question de savoir si le testateur a voulu que le second eût une part du double plus forte que celle du premier dans sa succession; au lieu que dans celle de la présente loi il n'y a pas lieu à cette question à cause de la diversité des objets, puisque le tiers du fonds de terre Titien peut valoir autant que les deux tiers du fonds de terre Sempronien.

(1) Deux personnes réunies par une conjonction n'en représente qu'une.

(2) Qui a cessé d'être militaire pour devenir vétéran, et par conséquent non militaire.

(3) Il prend pour exemple un homme qui n'est pas militaire, parce qu'un militaire peut instituer un héritier pour une certaine partie de ses biens, comme on le verra dans le livre suivant, au titre *du testament militaire*.

(4) C'est-à-dire, qu'il adjugera à l'affranchi les biens maternels de Pan-

actioaes cautionibus (1), sequi salva Falcidia : scilicet ut quod vice mutua præstarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur (2) ». *l.* 78. Papin. *lib.* 6. resp.

Hoc fusius adhuc docet Ulpianus : « Ex facto proponebatur quidam duos heredes scripsisse, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum : et quum merces in Italiam devehere soleret, pecuniam misisse in provinciam ad merces comparandas; quæ comparatæ sunt vel vivo eo, vel post mortem, nondum tamen in italiam devectæ. Quærebatur merces utrum ad eum pertineant qui rerum Italicarum heres scriptus erat, an vero ad eum qui provincialium? Dicebam : Receptum esse *rerum* heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem; sed ita ut officio judicis familiæ erciscundæ cognoscentis contineatur, nihil amplius eum qui *ex re* institutus est, quam rem ex qua heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur : Verbi gratia : Pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano; et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem : erunt quidem heredes ex æquis partibus quasi sine partibus instituti; verumtamen officio judicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adjudicetur, vel attribuatur ». ». *l.* 35. Ulp. *lib.* 4. disput.

---

terna Syriæ; ut ea pro parte hereditaria jure hereditario, pro reliqua parte titulo legati habeant.

(1) Scilicet *interpositis cautionibus* de reddendo, si quid alteruter plus Falcidia cepisset : quæ cautiones interponentur propter actiones quæ ignorantur adversus hereditatem competere.

(2) Finge 400 esse in bonis; scilicet in maternis centum, in paternis trecenta. Titius, cui prælegata sunt bona paterna, habet jure hereditario dimidiam horum bonorum; alteram accipiet a liberto coherede, scilicet 150. Sed quum ipse liberto coheredi debeat præstare 50 pro dimidia quam habet in bonis maternis liberto prælegatis, hæc quinquaginta compensabit cum 150 quæ ipsi præstari debent; et sic accipiet a liberto duntaxat centum. Postea finge emersisse legatarios qui ignorabantur, codicillis diu celatis : hi singulis heredibus singula sexaginta abstulerunt, et sic libertus Falcidiam suam intactam non habet. Nam Falcidia cujusque heredis in præsenti specie est quinquaginta. Porro supersunt ipsi quadraginta duntaxat, quorum dimidiam tantum habet jure hereditario, scilicet viginti. Alteram autem dimidiam quum habeat jure prælegati quod regulariter in Falcidiam non computatur : desunt igitur ei ex Falcidia triginta. Sed si hæc petat a Titio, cui jure prælegati præstitit centum quinquaginta, repelletur exceptione *doli* pro modo eorum viginti quæ apud ipsum remanent ex quinquaginta quæ ipse vice mutua a Titio jure prælegati accepit. Unde eveniet ut his viginti in Falcidia sua computandis, decem duntaxat a Titio consequatur. Enimvero, licet regulariter prælegata in Falcidiam non imputentur, tamen jure compensationis imputantur, quum ab eo coherede petitur Falcidia, a quo illa prælegata accepimus. Ita Accurs. et Cujac.

requises (1), sauf la falcidie; c'est-à-dire, afin que ce qu'il serait mutuellement obligé de payer à raison de leur dol, fût compensé par la retenue du quart (2) ».

C'est encore ce qu'enseigne Ulpien avec plus de développement : « On consultait sur le fait d'un testateur qui avait institué deux héritiers, l'un pour ses biens de province, et l'autre pour ses biens d'Italie; mais qui, étant dans l'usage de faire venir des marchandises en Italie, avait envoyé en province de l'argent pour en acheter, lesquelles avaient été achetées de son vivant et après sa mort, mais n'avaient point été apportées en Italie. On demandait si ces marchandises appartenaient à celui qui avait été institué pour les biens d'Italie, ou à celui qui avait été institué pour les biens de province. Je disais qu'on pouvait instituer un héritier pour certaines choses, et que cette institution était régulière; mais en ce sens, que le juge qui connaîtrait du partage, ne devait donner à l'institué que les choses pour lesquelles il avait été institué; à l'effet de quoi, il faut supposer pour exemple deux héritiers, l'un, pour le fonds de terre Cornélien; l'autre, pour le fonds de terre Lybien, dont l'un compose les trois quarts, et l'autre, le quart de la succession. Ils seront héritiers par portion, comme s'ils n'eussent pas été institués pour des portions inegales; mais cependant le juge devra d'office adjuger à chacun le fonds de terre qui lui a été légué ».

---

nonie, et à Titius les biens paternels de Syrie, pour en jouir en partie comme héritiers, et en partie comme légataires.

(1) C'est-à-dire, les cautions de rapporter chacun ce qu'il aurait reçu de plus que la Falcidie ne lui laissait; caution qui était exigée à cause des actions qui pouvaient exister contre la succession sans qu'on le sût.

(2) Supposons que les biens vaillent comme quatre cents, c'est-à-dire, qu'il y ait cent dans les biens maternels et trois cents dans les biens paternels. Titius, à qui on a légué les biens paternels, en aura la moitié comme héritier, et recevra l'autre moitié, montant à cent cinquante, de l'affranchi son cohéritier; mais comme il doit lui-même en rendre cinquante à son cohéritier l'affranchi pour sa moitié des biens maternels légués à cet affranchi, il les compensera avec les cent cinquante qui lui sont dues à lui-même, de manière qu'il ne recevra que cent de l'affranchi. Supposons ensuite qu'on ait découvert des légataires inconnus en vertu d'un codicille qui était resté caché, à qui chacun de ces deux héritiers a dû payer une somme comme soixante, d'après quoi l'affranchi n'a plus eu sa falcidie entière; car la falcidie de chacun des deux héritiers supposés dans cette espèce est de cinquante, et il ne leur reste à chacun que quarante dont il a la moitié à droit héréditaire, c'est-à-dire, vingt, et l'autre moitié à droit de prélegs, qui régulièrement n'entre pas dans la falcidie. Il manque donc trente à sa falcidie; mais s'il les demande à Titius, à qui il a payé cent cinquante à titre de prélegs, il sera repoussé par l'action du dol à raison des vingt qui lui restent des cent cinquante qu'il a reçus de Titius à droit de prelegs; d'où il arrivera que des vingt à faire entrer dans sa falcidie, Titius ne lui en paiera que dix; parce qu'en effet quoique régulièrement les prélegs n'entrent point dans la falcidie, on les y impute cependant à droit de compensation, quand la falcidie est demandée par un cohéritier qui a lui même payé les prélegs : ainsi pensent Accursius et Cujas.

« Unde scio quæsitum, æris alieni onus pro qua parte agnosci debeat? Et refert Papinianus, cujus sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnoscere æs alienum debere, hoc est, pro semisse : fundos etenim vice præceptionis accipiendos. Quare si forte tantum sit æs alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus institutiones istas, *ex re* factas, nullius esse momenti. Et si forte Falcidia interveniens rescisionem esset legatorum factura, hic officium judicis recidit, præceptiones istas ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam præceptiones. Quod si fuerit incertum an Falcidia interventura sit, rectissime probatur officio judicis cautiones esse interponendas ». *d. l.* 35. §. 1.

« Quum hæc ita sint, hæc etiam institutio de qua quæritur, non est repellenda, si alius rerum provincialium, alius rerum Italicarum heres fuerit scriptus. Officioque judicis attribuentur singulis res quæ adscriptæ sunt : erunt tamen heredes ex æquis partibus, quia nulla pars adscripta est. Quæ res facit, ut si forte in aliis facultatibus plus sit, in Italicis forte quam in provincialibus, in aliis minus, et æris alieni ratio urgeat, dici oporteat imminutionem eamdem fieri quam supra ostendimus. Proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio (1) admittenda erit ». *d. l.* 35. §. 2.

« Rerum autem Italicarum vel provincialium significatione quæ res accipiendæ sint, videndum est. Et facit quidem totum voluntas defuncti : nam quid senserit spectandum est. Verumtamen hoc intelligendum erit, rerum Italicarum significatione eas contineri, quas perpetuo quis ibi habuerit, atque ita disposuit, ut perpetuo haberet : cæteroquin si tempore in quo transtulit in alium locum, non ut sibi haberet, sed ut denuo ad pristinum locum revocaret, neque augebit quo transtulit, neque minuet unde transtulit. Ut puta : de italico patrimonio quosdam servos miserat in provinciam (forte Galliam) ad exigendum debitum, vel ad merces comparandas, recursuros (2) si comparassent : dubium non est quin debeat dici, ad Italicum patrimonium eos pertinere debere : ut est apud Mucium relatum, quum fundus erat legatus, vel cum instrumento, vel cum his quæ ibi sunt. Agasonem enim missum in villam a patrefamilias non pertinere ad fundi legatum Mucius ait; quia non idcirco illo erat missus, ut ibi esset. Proinde si servus fuerit missus in villam, interim illic futurus quia dominum offenderat, quasi ad tempus relegatus, responsum est eum ad villæ legatum non pertinere. Quare ne servi quidem qui operari in agro consuerunt, qui in alios agros revertebantur, et quasi ab alio commodati, in ea sunt conditione, ut ad legatum pertineant; quia non ita in agro

(1) Id est, hæc prælegata rerum Italicarum et rerum provincialium, in ponenda ratione Falcidiæ contribuentur cum legatis quæ extraneis relicta sunt.

« Je sais qu'à cet égard on a élevé la question de savoir comment les dettes devaient être supportées, et Papinien rapporte qu'elles doivent l'être en raison des portions héréditaires, c'est-à-dire, par moitié, comme je le pense moi-même, puisqu'ils obtiennent les fonds de terre par préciput. Ainsi, si les dettes absorbent entièrement la succession, nous dirons que ces institutions deviennent nulles par le fait; et que si la falcidie annulle également les legs, le juge doit d'office réduire les prélegs, à ce que chacun aurait eu par la délivrance de ces mêmes legs ou de ces prélegs; mais s'il était incertain que la falcidie dût avoir lieu le juge devrait régulièrement, d'office, faire donner des cautions ».

« D'après ce qu'on vient de dire, l'institution dont il s'agit ne doit pas être rejetée si l'un a été institué héritier pour les biens de province et l'autre pour ceux d'Italie; et le juge donnera à chacun les biens pour lesquels il a été institué, en rendant cependant leurs portions égales, parce qu'elles n'ont point été déterminées dans le testament. Il s'ensuit que, s'il se trouve plus dans les uns que dans les autres, et qu'il y ait des dettes urgentes, il les y fera contribuer de la manière qu'on vient de dire, et par conséquent les legs faits à d'autres (1) seront aussi soumis à cette contribution ».

« Mais il faut voir ce qu'on entend ici par les biens de province et les biens d'Italie, sur quoi il faut s'en rapporter aux dispositions du testateur, pour se conformer à ses dernières volontés. Il faut cependant entendre par la désignation des biens d'Italie, ceux qu'il y a toujours eus et qu'il voulait continuer d'y avoir; car ce qu'il aurait transporté dans l'intention de le reporter à sa place, ne changerait rien dans la quantité, ni des uns ni des autres. Par exemple, s'il avait envoyé des esclaves de ces propriétés italiennes dans une province, pour y faire le recouvrement d'une dette, ou pour y acheter des marchandises et revenir ensuite, il faudrait certainement dire qu'ils doivent toujours faire partie des propriétés italiennes, comme on le voit dans Mucius, par rapport à l'espèce d'un fonds légué avec les instrumens aratoires ou ceux qui s'y trouveraient. Le même Mucius dit que l'esclave Agason, envoyé par le père de famille dans une métairie, n'appartient pas au légataire de cette métairie, parce qu'on ne l'y a pas envoyé pour y rester; et qu'ainsi, l'esclave envoyé dans une métairie pour quelque tems, parce que son maître en était mécontent, n'appartenait pas au légataire de cette métairie; d'où suit que, ceux mêmes qui sont employés à la culture d'un champ pour revenir dans un autre fonds de terre, sont assimilés à des esclaves empruntés, et

(1) C'est-à-dire, que ces prélegs des biens d'Italie ou des provinces, contribueront à la Falcidie comme les autres.

fuerant, ut ei agro viderentur destinati. Quæ res in proposito quoque suggerit, ut Italicarum rerum esse credantur hæ res, quas in Italia esse testator voluit ». *d. l.* 35. §. 3.

« Proinde, etsi pecuniam misit in provinciam ad merces comparandas, et necdum comparatæ sint, dico pecuniam, quæ idcireo missa est, ut per eam merces in Italiam adveherentur, in Italico patrimonio injungendam. Nam, etsi dedisset in provincia de pecuniis quas in Italia exercebat ituras et redituras, dicendum est hanc quoque Italici patrimonii esse rationem ». *d. l.* 35. §. 4.

« Igitur efficere dixi ut merces quoque istæ, quæ comparatæ sunt ut Romam veherentur, sive profectæ sunt eo vivo, sive nondum, et sive scit, sive ignoravit, ad eum heredem pertinere, cui Italicæ res sunt adscriptæ ». *d. l.* 35. §. 5.

Ex constitutione Justiniani, quum alii ex certa re, alii sine parte aut ex certa parte hereditatis instituuntur, ii qui ex certa re scripti sunt, legatariorum loco habentur, actionesque hereditariæ cæteris duntaxat et contra eos in solidum competunt. *l. penult. cod.* 6. 24. *h. tit.*

XXXVI. Quemadmodum ex certa re instituto herede detrahitur rei mentio, similiter « si quis ita heres institutus fuerit, *excepto fundo, excepto usufructu heres esto* : perinde erit jure civili, atque si sine (1) ea re heres institutus esset. Idque auctoritate Galli-Aquilii factum est ». *l.* 74. Licinnius-Rufin. *lib.* 2. regul.

§. IV. *An heres unicus possit ex parte institui, aut plures sine parte ; item an heredis institutio diem recipiat ?*

XXXVII. « Jus nostrum non patitur eumdem in paganis et testato et intestato decessisse ; earumque rerum naturaliter inter se pugna (2) est, testatus et intestatus ». *l.* 7. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Pomp. *lib.* 3. *ad Sab.*

XXXVIII. Ex hac regula evidenter sequitur, quum unicus heres in testamento pagani instituitur, frustra in ejus institutione partem adjici, detractaque partis mentione, eum nihilominus ex asse heredem futurum.

---

(1) Id est, sine mentione hujus rei exceptæ.

(2) Ratio evidens est; defunctus per heredes suos repræsentatur. Absurdum autem est per qualitates contradictorias, quæ in uno eodemque homine natura esse non possunt, eum repræsentari. Fictio debet imitari naturam.

que, n'étant pas destinés à la culture de ce champ, il n'appartiennent pas à celui qui en est légataire; ce qui fait décider dans l'espèce ci-dessus, que les biens d'Italie ne comprennent pas les choses que le testateur ne voulait pas qui fussent perpétuellement en Italie ».

« Et par conséquent s'il avait fait passer de l'argent dans une province pour y acheter des marchandises, qui ne fussent pas encore achetées; suivant moi, cet argent serait réputé faire partie des biens d'Italie, puisqu'il devait y revenir; et que s'il avait donné dans une province de l'argent qu'il faisait valoir en Italie, dans l'intention qu'il y revînt, il faudrait dire que cet argent fait partie des biens d'Italie ».

« D'après quoi il faut dire, que des marchandises achetées à Rome, appartiennent à l'héritier institué pour les biens d'Italie, soit qu'elles eussent été ou n'eussent pas été envoyées du vivant du testateur, et qu'il le sût ou ne le sût pas ».

Par la constitution de Justinien, lorsque des héritiers sont institués, les uns, pour une certaine chose; les autres, pour une portion de l'hérédité, ou sans désignation de portion, les premiers sont rangés dans la classe des légataires, et on donne seulement les actions héréditaires pour le tout, pour et contre les autres, *d'après la loi penult., au cod. de ce titre.*

XXXVI. Comme la mention de la chose est négligée, dans l'institution d'héritier pour une certaine chose; de même, « si un individu a été institué héritier, à l'exception d'un fonds de terre ou de l'usufruit de ce fonds; il en sera, suivant le droit civil, comme s'il eût été institué sans cette exception (1), ce qui a été reçu d'après l'opinion de Gallus Aquilius ».

§. IV. *Si on peut instituer un héritier pour une partie de ses biens ou plusieurs héritiers, sans dire pour quelle portion, et si l'on peut donner un terme à une institution d'héritier.*

XXXVII. « Notre droit ne permet pas qu'un citoyen non militaire, meure en partie *intestat*, et en partie *testat*, ces deux qualités étant naturellement incompatibles (2) ».

XXXVIII. Il suit évidemment de cette règle, que si un citoyen a été institué seul héritier d'un citoyen non militaire, il est inutile que le testateur ait dit pour quelle partie, et que, sans égard à cette clause, il sera toujours héritier de toute la succession.

(1) C'est-à-dire, sans mention de la chose exceptée.

(2) La raison en est évidente; c'est que le défunt est représenté par ses héritiers siens; qu'il est absurde de dire qu'ils le représentent par des qualités contradictoires qui ne peuvent pas exister naturellement dans le même individu, et que la fiction doit imiter la nature.

Quum autem plures heredes instituuntur, potest testator ex quibus voluerit partibus eos heredes instituere, vel etiam non expressa parte.

Et quidem etiam, quum testator partem expressurum se dixit, ne expressit, valet institutio. Hinc « si quis ita scripserit heredem: *ex qua parte codicillis heredem Titium heredem scripsero, heres esto;* etiamsi pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres quasi sine parte institutus ». *l.* 36. Ulp. *lib.* 8. disp.

Et quum expressio partis non necessaria sit: quid testator « si non in corpore erravit, sed in parte; puta si quum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus? Celsus (libro 12 Quæstionum, Digestorum 11) posse defendi ait; ex semisse heredem fore: quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. Quæ sententia rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque est et si ipse testator minus scribat, quum plus vellet adscribere ». *l.* 9. §. 2. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

« Sed si majorem partem adscripserit testamentarius, vel (quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam inest (1) quadrans in semisse. Quam sententiam et Celsus probat ». *d. l.* 9. §. 3.

XXXIX. Valet quidem institutio parte, non adscripta. At non valet ea adscripta parte, quæ in rerum natura non existit.

Hæc ex Ulpiano discimus. Ita ille: « Circa eos, qui ita heredes instituti sint, *ex partibus quas adscripsero*, non putat Marcellus eos heredes, nullis adscriptis partibus: quemadmodum si ita essent heredes instituti, *si eis partes adscripsero.* Sed magis est ut sic utraque institutio accipiatur, si voluntas defuncti non refragatur, *ex quibus* partibus adscripsero; si minus, *ex æquis*, quasi duplici facta institutione. Quam sententiam Celsus, libro 16 Digestorum, probat. Aliter atque probat in illa institutione: *ex qua parte* me Titius heredem scripsit, Seius heres esto: tunc enim, si non est a Titio scriptus, nec Seius ab eo. Nec immerito: hic enim credi-

(1) Argumentum est a fortiori. In præcedenti specie valet institutio ex *semisse* quem testator voluit relinquere, quamvis *quadrans* duntaxat adscriptus sit: multo magis quum *quadrantem* relinquere voluit, quamvis per errorem scripserit *semissem*, debet institutio ex hoc quadrante valere. Nam hic quadrans non solum voluntate, sed etiam scriptura continetur: *inest* enim *in semisse* qui per errorem adscriptus est.

Mais lorsqu'il y a plusieurs héritiers institués, le testateur est libre de fixer ou de ne pas fixer leurs portions respectives.

Et l'institution n'est pas moins valide, quoique le testateur ait dit qu'il avait assigné à chacun sa portion, lors même qu'il ne l'aurait pas fait. C'est pourquoi, « si un testateur a dit dans son testament, que Titius serait son héritier pour la portion qu'il lui aurait assignée dans son codicille, Titius ne sera pas moins son héritier institué sans portion désignée, quoiqu'il n'ait pas fait de codicille ».

Et comme il n'y a point de nécessité que le testateur énonce pour quelle portion il institue un héritier, que faut-il dire « si un testateur s'est trompé sur la partie de la chose, sans se tromper sur la chose; c'est-à-dire, par exemple, si ayant dit d'écrire pour la moitié, on a écrit pour le quart? Celse dit, *liv.* 12, *dans ses questions du Digeste*, qu'on peut décider qu'il sera héritier pour moitié d'après la déclaration du testateur, quoique le scribe ait écrit pour le quart. Cette opinion est appuyée sur beaucoup de rescrits, et il en serait de même quand le testateur aurait écrit lui-même moins qu'il ne voulait écrire ».

« Mais si le scribe avait écrit une plus grande portion, ou le testateur lui-même (ce qui est difficile à prouver), comme s'il avait écrit la moitié pour le quart; Proculus pense que l'héritier n'obtiendrait que le quart, parce que le quart (1) est contenu dans la moitié, et Celse adopte cette opinion ».

XXXIX. On peut faire une institution d'héritiers, sans dire pour quelle portion; mais non en désignant des biens qui n'existent pas.

C'est ce que nous apprend Ulpien: « A l'égard, dit-il, de ceux que le testateur a institués pour la portion qu'il leur assignerait dans la suite, Marcellus pense que leur institution est nulle, comme si le testateur eût dit qu'il les instituait héritiers, s'il leur assignait dans la suite une portion dans sa succession. Mais le mieux est d'admettre l'une et l'autre institution, si le testateur n'a point changé d'intention, et de donner à chaque institué la portion qui lui a été assignée, ou bien de leur donner des portions égales, comme s'il y avait deux institutions; telle est l'opinion de Celse, *liv.* 16. *dig.* Ce jurisconsulte ne pense le contraire, que dans le cas où le testateur a dit, que Seius serait son héritier pour la portion pour laquelle il serait institué lui-même par Titius, parce si Titius ne l'instituait point, il n'instituerait pas non plus Seius;

(1) A plus forte raison, dans l'espèce précédente, l'institution pour moitié sera valide parce que le testateur l'a voulu, quoique son scribe ait écrit le quart; à plus forte raison s'il n'a voulu instituer que pour le quart, l'institution doit valoir pour ce quart quoiqu'on ait écrit la moitié, parce que ce quart est conforme à sa volonté, et même au texte écrit puisqu'il est contenu dans la moitié écrite par erreur.

tur inesse conditio. Sed Marcellus hæc similia putat (1) ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 2. *ad Sab.*

« Potest autem interesse, utrum ita quis scribat, ex his partibus *quas adscripsi*, an *adscripsero* : ut superiori modo dicas, nullis adscriptis partibus (2), nullum esse institutionem : quomodo in illo Marcellus, *ex his partibus ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunto*, si intestata mater decesserit, hos non esse institutos ». *d. l.* 2. §. 1.

Ex parte quæ non existit, institutio facta videtur in specie sequenti : « Ex facto etiam agitatum Pomponius et Arrianus referunt : si quis vacua parte relicta ita instituerit, *si mihi Seius heres non erit* (quem non instituerat) *Sempronius heres esto ;* an hic occupare possit vacantem portionem ? et Pegasus quidem existimat ad eam partem admitti. Aristo contra putat, quia huic pars esset data (3), quæ nulla esset. Quam sententiam et Javolenus probat, et Pomponius et Arrianus. Et hoc jure utimur ». *l.* 19. Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

Videtur etiam institutio facta ex parte quæ non existit, in sequenti specie.

« Seius et Mævium ex parte *quam per leges capere possit* heredem instituit, ex reliqua Titium. Si Mævius solidum capere poterit, Titius adjectus, aut substitutus, heres non erit ». *l.* 78. §. *fin.* Pap. *lib.* 6. resp.

Obiter nota. « Quod si non sit reliqui facta mentio, tantumdem in altero asse habebit Mævius, quantum Titius in primo ». *l.* 79. Pap. *lib.* 1. defin.

« Quod si Mævius, nullius capax sit, in totum (4) substitutus admittitur ». *l.* 80. Pap. *lib.* 6. resp.

XL. Ex regula qua initio paragraphi proposuimus, sequitur etiam quod « hereditas ex die vel ad diem non recte datur (5) ; sed

(1) Et ideo in prima specie supradicta definivit heredes non esse. Sed male.

(2) Id est, partibus quæ nullæ sunt, quæ non existunt: Valde igitur differt utraque species. Qui instituit ex parte *quam adscripsero*, ejus animi est ut aliquando partem adscribat; interim autem ut sine illa parte adscripta instituat : valet igitur institutio, quasi sine parte facta; quas institutiones valere modo supra vidimus. At is qui instituit ex parte *quam adscripsi*, partem actu adscribit; sed eam partem quæ in rerum natura non est, quæ nulla est.

(3) Pars Seii scilicet, quæ nulla est, quum Seius non fuerit institutus.

(4) Nam *reliqui appellatio etiam totum continet. l.* 95 *et l.* 160. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.*

(5) Nam esset quis intestatus usque ad diem ex quo heredem instituit, et postea ex illa die testatus.

ce qui n'est pas sans raison, car une pareille institution est censée conditionnelle. Marcellus pense de la même manière (1) ».

« Mais il peut importer de savoir si le testateur a dit, pour les portions que j'ai assignées ou pour les portions que j'aurai assignées, pour décider que l'institution est nulle, comme on l'a fait dans la première espèce, parce que le testateur n'a point désigné de portions (2), ainsi que le décide aussi Marcellus, dans le cas où le testateur a dit que ses institués seraient héritiers, pour les portions que sa mère leur assignerait par son testament, sa mère étant morte *ab intestat* ».

L'espèce suivante paraît offrir celle d'une institution faite pour des biens qui n'existaient pas; au rapport de Pomponius et d'Arrianus, qui ont examiné la question de savoir si, dans le cas où le testateur aurait dit : Si Seius (qu'il n'avait point institué) n'est pas mon héritier, que Sempronius le soit; le testateur ayant laissé une place vide, ce Sempronius doit être censé la remplir; c'était ainsi que pensait Pégase; mais Ariston pensait le contraire, parce que c'était lui donner une place qui n'existait pas (3). Pomponius, Javolenus et Arrianus ont pensé comme lui. Tel est aussi le droit que nous suivons ».

L'institution de l'espèce suivante, semble aussi être faite pour une portion qui n'existe pas.

« Seius a institué Mævius son héritier, pour la portion qui lui était déférée par les lois, et Titius pour le surplus de ses biens. Si la loi défère toute la succession à Mævius, Titius ne sera ni institué, ni substitué ».

Remarquez en passant que, « s'il n'avait pas fait mention du surplus de ses biens, Mævius aurait autant dans la seconde masse de succession que Titius dans la première ».

« Mais si la loi ne défère aucune portion à Mævius, il sera substitué pour le tout (4) ».

XL. Il s'ait de la règle que nous avons établie au commencement de ce paragraphe, que « l'institution qui doit commencer ou finir à un terme, n'est pas régulièrement faite (5). Mais cette

(1) C'est pourquoi il décide, dans la première espèce ci-dessus, que les institués ne sont point héritiers, mais mal-à-propos.

(2) C'est-à-dire, pour des portions nulles ou qui n'existent point. Ces deux espèces diffèrent donc beaucoup. Celui qui a institué un héritier pour une portion qu'il fixera, est dans l'intention d'en fixer une, et s'il fait son institution sans la fixer, cette institution vaudra comme celle qui ne fixe point de portions, que nous avons déjà vu qui étaient maintenues; mais celui qui a institué un héritier pour une portion qu'il avait fixée, l'a de nouveau fixée par le fait, mais il a fixé une portion qui n'existe point et qui est nulle.

(3) C'est-à-dire, la portion de Seius qui est nulle, puisque Seius n'a point été institué.

(4) Car la dénomination de surplus contient aussi la totalité. *l.* 95 et 160, *ff. de la signification des termes de droit.*

(5) Car il serait *intestat* jusqu'au jour où l'institution commencerait, et n'aurait testé que de ce jour.

vitio temporis sublato (1), manet institutio ». *l.* 34. Pap. *lib.* 1. defin.

Hoc accipe de die certo qui retrotrahi non potest. Ex die autem incerta potest heres institui : puta, « potest quis ita heredem instituere : *Si intra* annum septuagesimum decessero, ille mihi heres esto. Non enim pro parte testatus intelligi debet, sed sub conditione institnisse ». *l.* 56. Paul. *lib. sing. de secundis Tabul.*

Hinc « extraneum, etiam *quum quis moreretur*, heredem scribi placuit ». *l.* 9. *cod.* 6. 24. *h. t.* Diocl. et Maxim.

h. V. *De fine quem in instituendo herede testator habere debet.*

XLI. Institutio non valet, nisi ex fine honesto fiat. Hinc supra vidimus (*n.* 28) institutionem ejus, qui contumeliosa appellatione designatus est, non valere; nimirum quia videtur testator eum instituisse animo eum traducendi : qui finis inhonestus est.

Hunc autem animum non habere credendus est pater qui cum maledicto filium instituit, sed hoc duntaxat significare velle, tantam esse suam in filium pietatem, ut ejus offensis non superetur. Unde « illa institutio valet : Filius meus *impiissimus*, *male de me meritus*, heres esto. Pure (2) enim heres instituitur cum maledicto : et omnes hujusmodi institutiones receptæ sunt ». *l.* 43. §. 1. Marcian. *lib.* 4. institut.

XLII. Finis etiam inhonestus est, si quis heres instituatur calumniæ causa, ut alicui potens adversarius suscitaretur.

V. G. « Imperatorem litis causa heredem institui invidiosum est; nec calumniæ facultatem ex principali majestate capi oportet ». *l.* 91. Paul. *lib.* 5. sent.

XLIII. Similiter propter inhonestum finem, captatoriæ institutiones reprobatæ sunt senatusconsulto quodam (3); quum scilicet quis aliquem heredem instituit, ut sibi ejus hereditatem captet.

« Sed illud quæri potest, an idem servandum sit, quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit? Veluti si ita scripserit : Titius, *si Mævium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque*, heres esto. Quod in sen-

(1) Id est, detracta diei mentione, quæ, nisi detraheretur, vitium efficeret.

(2) Suspicor legendum *recte* pro *pure*.

(3) Cujus nomen et ætas ignorantur. Perperam glossa dicit senatusconsultum esse *Libonianum*.

institution est maintenue, sans égard pour cette clause, qu'on regarde comme non avenue (1) ».

Cela s'entend d'un terme certain, auquel on ne peut pas donner un effet rétroactif; car on peut instituer à partir d'un terme incertain. Par exemple, « on peut instituer, en disant, si je meurs avant d'avoir soixante ans, tel sera mon héritier; parce que ce n'est pas être en partie *intestat*, mais instituer un héritier souscondition ».

C'est pourquoi « il a été décidé qu'on pouvait aussi instituer un étranger héritier en ces termes : *lorsqu'un tel mourra, je l'institue*, etc. ».

§. V. *De la fin que doit se proposer le testateur en instituant un héritier.*

XLI. L'institution est nulle, lorsque le testateur n'a pas un motif honnête pour la faire. C'est pourquoi nous avons vu ci-dessus (*n.* 28), que l'institution de celui qui y avait été désigné d'une manière injurieuse était nulle, parce que le testateur était censé l'avoir institué pour le diffamer; c'est-à-dire, par un motif déshonnête.

Mais un père n'est pas censé avoir cette intention, en instituant son fils en termes injurieux, mais seulement avoir voulu dire que sa tendresse paternelle lui faisait pardonner les fautes de son fils. C'est pourquoi, « un père institue validement son fils, en disant, je veux que mon fils soit mon héritier, quoiqu'il m'ait manqué de respect, et qu'il se soit rendu indigne de cette faveur; parce que (2) l'institution d'un père est régulièrement faite, quoique faite en termes injurieux, et qu'on l'a admis ainsi en droit ».

XLII. Le testateur a aussi une fin déshonnête, lorsqu'il institue méchamment quelqu'un, pour lui susciter un adversaire puissant.

Par exemple, « il est odieux d'instituer l'Empereur héritier, pour donner à ses créanciers un adversaire redoutable, et d'abuser de la majesté souveraine pour nuire ».

XLIII. Il est également déshonnête, suivant l'esprit d'un certain sénatus-consulte, de faire des institutions captatoires (3); c'est-à dire, d'instituer quelqu'un son héritier, dans la vue d'en obtenir une pareille institution.

« Mais on peut examiner s'il en est de même, d'après ce sénatus-consulte, lorsque la captation a pour objet un autre que le testateur institué, comme, par exemple, s'il a dit : Que Titius soit mon héritier, s'il me fait voir que Mævius ait été institué le sien

(1) C'est-à-dire, sans avoir égard à la mention du terme, qui sans cela serait un vice.

(2) Je crois qu'il faut lire *recte* au lieu de *pure*.

(3) Dont le nom et la date sont inconnus; car c'est mal-à-propos que la glose dit que c'est le sénatus-consulte Libonien.

tentiam senatusconsulti incidere non est dubium ». *l.* 71. §. 1. Paul. *lib.* 5. *ad leg. Jul. et Pap.*

Cæterum, « captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quæ mutuis (1) affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ (2) voluntatis ». *l.* 70. Papin. *lib.* 6. resp.

« Illæ autem institutiones captatoriæ non sunt; veluti si ita heredem quis instituat : *Qua ex parte* Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto; quia in præteritum, non in futurum institutio collata est ». *sup. d. l.* 71.

Item, « si ita scripserit testator : *Quanta ex parte* me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius, mihi heres esto : non est captatoria institutio. Plane, nullo recitato testamento ab ipso testatore, inanis videbitur institutio, remota suspicione (3) captatoriæ institutionis ». *l.* 81. §. 1. Paul. *lib.* 9. quæst.

Circa has conditiones institutioni heredis appositas observa quod « si quis te heredem ita instituit, *si se* heredem instituisses, aut quid sibi legasses, nihil interest quo gradu is a te heres institutus, vel quid ei legatum dummodo aliquo gradu id te fecisse probes ». *l.* 20. §. 2. *ff.* 28. 7. *de condit. institut.* Labeo, *lib.* 2. *poster. a Javol. epit.*

TERTIA PARS.

Quomodo inter plures heredes distribuatur hereditas?

XLIV. Quum plures sunt heredes, necesse est inter eos distribui hereditatem. Enimvero « uni duo pro solido heredes esse non possunt ». *l.* 141. §. 1. *ff.* 50. 17. *de reg jur.* Paul. *lib.* 54. *ad ed.*

Quum autem regula juris non patiatur aliquem partim testatum, partim intestatum decedere, sic testatoris hereditas inter omnes quos scripsit heredes, aut inter eos qui ex illis supersunt, distribui debet, ut tota distribuatur nullaque pars vacua remaneat. Videndum igitur : 1°. de distributione hereditatis quæ fit inter omnes qui scripti sunt; 2°. de jure accrescendi quod locum habet inter eos qui supersunt, quum quidam heredes ad hereditatem non veniunt. Quum autem prout quidam ex heredibus *parte*

(1) Id est, non videbuntur captatoriæ institutiones, si sine calliditate, sine voto captandæ hereditatis alterius, duo se invicem heredes instituerunt.

(2) Quibus scilicet additur hæc conditio, *si me heredem instituerit.*

(3) Id est, etiamsi nulla sit suspicio captationis Est enim alia ratio cur non valeat; scilicet, quia facta est ex parte quæ nulla est : supra *n.* 39.

par son testament. Mais il n'est pas douteux que l'esprit du sénatus-consulte réprouve de pareilles ruses ».

Toutefois, « en réprouvant les institutions captatoires, le sénatus-consulte ne réprouve pas celles que se font deux personnes par une affection mutuelle (1). Il ne révoque que celle dont la condition tend à déterminer la volonté, non connue d'autrui (2)».

« Mais il n'y a pas d'institutions captatoires, lorsqu'un testateur institue un héritier pour la portion qu'il a lui-même dans le testament d'un autre, parce que la condition de cette institution a pour objet une chose faite et non à faire faire ».

Et « si un testateur a dit : Je veux que Sempronius soit mon héritier pour la même portion que je le suis dans le testament de Titius déjà fait, et que j'ai lu; cette institution n'est pas captatoire; mais si Titius n'avait point fait de testament, ou qu'il n'eût point été lu, elle serait nulle, quand même on ne pourrait le soupçonner d'avoir eu un motif captieux (3) ».

Par rapport aux conditions mises à une institution d'héritier, il faut observer que, « si un testateur vous a institué héritier, en disant qu'il vous instituait, si vous l'aviez institué vous-même, ou lui aviez fait quelques legs; il est indifférent à quel degré vous l'ayez institué, ou quel legs vous lui auriez fait, pourvu que vous prouviez l'avoir institué ».

TROISIÈME PARTIE.

Comment une succession se partage entre plusieurs héritiers.

XLIV. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, il est nécessaire que la succession soit partagée entre eux. En effet, « deux personnes ne peuvent pas être l'une et l'autre, unique héritière de la même personne ».

Mais comme la règle de droit ne permet pas que la même personne meure en partie *ab intestat*, et en partie *testat*, la succession du testateur doit être partagée entre tous ceux qu'il a institués ses héritiers, ou entre tous ceux qui ont survécu aux autres, de manière qu'elle soit toute distribuée. Il faut donc examiner comment se fait cette distribution entre tous les héritiers institués; 2°. le droit d'accroissement qui a lieu entre tous ceux qui survivent, lorsqu'il y en a qui sont morts avant l'ouverture de la suc-

(1) C'est-à-dire, que les institutions ne sont point censées captatoires si les deux personnes se sont instituées réciproquement sans intention de se procurer la succession l'un de l'autre.

(2) C'est-à-dire, auxquelles on met cette condition, s'il m'a institué héritier.

(3) C'est-à-dire, quoiqu'il n'y ait aucun soupçon de captation, parce qu'il y a une autre raison pour qu'elle ne soit pas valable, c'est-à-dire, parce qu'elle est faite pour une portion qui est nulle. Voy. ci-dessus, *n.* 39.

aut *verbis* conjuncti vel disjuncti sunt, vario jure in hac hereditatis distributione et in jure accrescendi utantur, pauca præmittenda sunt de conjunctis et disjunctis heredibus.

ARTICULUS I.

De conjunctis aut disjunctis heredibus.

Inter plures heredes possunt quidam esse *re* (ut aiunt) seu parte et verbis invicem conjuncti; quidam verbis, et non parte; quidam parte, et non verbis; quidam denique tam parte quam verbis disjuncti.

XLV. 1°. Parte et verbis conjunguntur, qui per particulam aliquam copulativam aut per nomen collectivum junguntur.

Hæc autem vox, *imo*, duos in hereditatis parte non conjungit; sed potius eum, qui priori loco scriptus est, excludit. V. G. « si ita scriptum fuerit : *Titius*, *imo Seius* heres esto; Seium solum heredem fore respondi. Sed et si ita : *Titius heres esto*, *immo Seius* heres esto, idem erit dicendum ». *l.* 47. African. *lib.* 4. quæst.

Conjuncti parte et verbis tam in distributione hereditatis, quam in jure accrescendi, unius personæ vice funguntur respectu eorum a quibus verbis disjuncti sunt, quamvis in eadem parte conjuncti : ut jam intelleximus obiter ex l. 11. h. tit. supra *n.* 34.

XLVI. 2°. Verbis tantum, non parte conjuncti intelliguntur qui per aliquam particulam copulativam aut per nomen collectivum quidem conjuncti sunt, sed ita ut aliunde appareat ob celeritatem sermonis duntaxat testatorem ita eos conjunxisse : quod præsumitur ex his verbis a testatore adjectis, *æque*, vel *æquis* vel *partibus*.

Ergo, etsi abundare quandoque videatur, contra tamen « interdum hæc adjectio, *æque heredes sunto*, testatoris voluntatem exprimit. Ut puta, primus et fratris mei filii *æque* heredes sunto. Nam hæc adjectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit. Qua detracta, semissem fratris filii (1), semissem Primus haberet ». *l.* 13. *lib.* 7. *ad Sab.*

(1) Utpote qui alioqui *parte et verbis* conjuncti viderentur. Hi autem inter se unius personæ vice funguntur, ut jam vidimus.

cession. Or, comme le partage se fait quelquefois entre des héritiers dont quelques-uns prennent conjointement une partie, et d'autres une autre partie disjonctivement, suivant des droits différens, tant par rapport au partage, que par rapport au droit d'accroissement; il est à propos de donner quelques notions préliminaires sur les héritiers conjoints et les héritiers disjoints.

ARTICLE I.

Des héritiers conjoints et des héritiers disjoints.

Entre plusieurs héritiers il peut y en avoir qui soient conjoints par la chose, comme on dit, ou par la portion et les termes de l'institution; d'autres, qui soient conjoints par les termes et non par la portion; d'autres, qui le soient par la portion et non par les termes; d'autres enfin, qui ne le soient ni par la portion, ni par les termes.

XLV. 1°. Ceux là sont conjoints par la portion et par les termes, qui le sont par une particule copulative, ou par un nom collectif.

Mais ce terme *imo* ne conjoint pas deux héritiers pour une même portion, il exclut, au contraire, celui dont l'institution le précède. Par exemple, « si un testateur a dit, je veux que Titius, *imo*, non; mais Seius soit mon héritier; il est décidé que Seius est seul héritier. Et même, si ce testateur a dit que Titius soit mon héritier, ou plutôt que Seius soit mon héritier, il faut encore dire la même chose.

Ceux qui sont conjoints par la portion et les termes, sont réputés ne faire qu'une seule et même personne, tant par rapport aux droits de partage, que par rapport aux droits d'accroissement, à l'égard de ceux dont ils sont disjoints par les termes, quoique conjoints par la portion, comme nous l'avons déjà fait entrevoir, *l.* 11. *hoc tit.* ci-dessus *n.* 34.

XLVI. 2°. Ceux qui sont à la vérité conjoints par une particule copulative ou un nom collectif, ne sont conjoints que par les termes et non par la portion, s'il apparaît d'ailleurs que le testateur se soit exprimé ainsi pour abréger sa phrase, ce que ces expressions, *également*, ou par portions égales, peuvent donner lieu de présumer.

Ainsi, quoique ces mots paraissent quelquefois surabondans, cependant, « quelquefois l'addition de ces mots, *soient également héritiers*, exprime la volonté du testateur; comme, par exemple, s'il a dit: Que le premier et les enfans de mon frère soient également mes héritiers; car cette adition exprime clairement, que tous sont institués par portion virile, comme l'a dit Labéon; sans cette adition, le premier serait institué pour moitié, et les enfans de son frère pour l'autre (1) ».

(1) Comme étant d'ailleurs censés conjoints par la portion et par les termes; mais ceux-ci ne font qu'une personne, comme on l'a vu.

Item, « si ita quis heredes instituerit : *Titius heres esto; Gaius et Mævius æquis ex partibus heredes sunto;* quamvis *et* syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit (1), sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus; quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur ». *l.* 66. Pomp. *lib.* 1. *ad Q. Mucium.*

« XLVII. 3°. Conjuncti parte tantum, et non verbis proponuntur in specie sequenti; de qua re tamen poterat dubitari.

Julianus quoque libro 30 refert, si quis ita heredem scripserit : *Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia : ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto;* dubitari posse utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Seium et Sempronium conjungere? Quod est verius. Et ideo conjunctim eos videri institutos : sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant (2) ». *l.* 15. Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

Illi pariter, tam in distributione hereditatis quam circa jus adcrescendi, unius personæ vice funguntur, respectu eorum a quibus parte disjuncti sunt.

XLVIII. Quinam parte et verbis disjuncti sint, ex supradictis patet.

ARTICULUS II.

De distributione hereditatis inter omnes heredes qui scripti sunt.

XLIX. « Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis (3) appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina, ab uncia usque ad assem : puta hæc : sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dextans, deunx, as ». *l.* 50. §. *fin.* Ulp. *lib.* 6. regul.

Hæc partium nomina facile intelliguntur : nimirum, quum as seu totum dividatur in duodecim uncias,

Uncia ipsa est duodecima pars hereditatis..... $\frac{1}{12}$
Sextans, duæ unciæ, seu sexta pars hereditatis..... $\frac{1}{6}$
Quadrans, tres unciæ (le quart au total)..... $\frac{1}{4}$
Triens, quatuor unciæ (le tiers)..... $\frac{1}{3}$
Quincunx, quinque unciæ..... $\frac{5}{12}$

(1) Quod contingeret si conjuncti *parte et verbis* essent; ut videbimus *art. seq.*

(2) Concursu enim eorum in eumdem semissem, scinditur semis in duos quadrantes.

(3) As idem quod æs; quia primi nummi ex ære cusi sunt, et erant librales; demum autem post bellum punicum primum sextantarii asses cudi coperunt. Plin. *hist. nat.* 23, 3.

Et « si un testateur a institué des héritiers, en disant : Que Titius soit mon héritier ; que Gaius et Mævius soient mes héritiers pour des portions égales, quoique la syllabe *et* soit conjonctive, si cependant l'un d'eux meurt, sa part n'accroîtra pas celle de l'autre seul (1), elle accroîtra celles de tous les cohéritiers, en raison de leurs portions héréditaires, parce qu'il sera censé avoir plutôt voulu abréger sa phrase que les conjoindre ».

XLVII. 3°. L'espèce suivante offre des conjoints, seulement par la portion, et non par les termes ; mais on en pouvait douter.

« Julien rapporte aussi, *liv.* 3, que si un testateur a institué un héritier, en disant : Que Titius soit mon héritier pour moitié, et Seius pour moitié ; que Sempronius soit mon héritier pour la même portion que Seius ; on peut douter qu'il n'ait voulu diviser sa succession en trois portions égales, ou en donner seulement la moitié à Seius et Sempronius ; ce qui est le plus vraisemblable. D'où suit qu'ils sont conjoints, ce qui fait que Titius aura la moitié, et les deux autres chacun un quart (2) ».

Ces derniers ne font non plus qu'une seule personne, tant pour la distribution de la succession, que pour le droit d'accroissement, par rapport à ceux dont ils sont disjoints par la portion.

XLVIII. On voit, par ce qui a été dit ci-dessus, quels sont ceux qui sont disjoints par la portion et les termes.

ARTICLE II.

Du partage d'une hérédité entre tous les héritiers qui ont été institués.

XLIX. « Une hérédité se divise ordinairement en douze onces, qui composent ce qu'on appelle un as (3) ; mais les parties de cette division ont toutes des noms propres, depuis l'once jusqu'à l'as, tels que la sixième partie, le quart, le tiers, cinq douzièmes, la moitié, sept douzièmes, les deux tiers, dix douzièmes, onze douzièmes, et as ou total ».

Les noms de ces parties se comprennent facilement ; car un as ou un total se divise en douze onces,

Une once, dans une succession, en est la douzième partie.... $\frac{1}{12}$
Deux onces (*sextans*), la sixième partie..... $\frac{1}{6}$
Trois onces (*quadrans*), le quart de la totalité..... $\frac{1}{4}$
Quatre onces (*triens*), le tiers..... $\frac{1}{3}$
Cinq onces (*quincunx*)..... $\frac{5}{12}$

(1) Ce qui arriverait s'ils étaient conjoints par la portion et par les termes, comme on le verra dans l'article suivant.

(2) Parce que concourant au partage de la même moitié, elle se trouve divisée en deux quarts.

(3) Le mot *as* est la même chose que le mot *æs*. Les premiers écus furent de cuivre, et pesaient une livre. Ce ne fut qu'après la première guerre punique qu'ils furent réduits à deux onces.

Semis, sex unciæ (la moitié)..... $\frac{1}{2}$
Septunx, septem unciæ..... $\frac{7}{12}$
Bes, quasi bis triens, id est octo unciæ (les deux tiers).... $\frac{2}{3}$
Dodrans, seu dempto quadrante as; id est, novem unciæ (les trois quarts)..... $\frac{3}{4}$
Dextans, seu dempto sextante as; id est, decem unciæ... $\frac{5}{6}$
Deunx seu dempta uncia as, id est, undecim unciæ..... $\frac{11}{12}$

Uncia autem ipsa dividitur in duas sem-uncias, et in quatuor sicilicos: quarum partium mentio est in *l.* 21. §. 2. *ff.* 33. 1. de annuis legat. Fit etiam interdum mentio *sescunciæ*, quæ est uncia cum dimidia parte unciæ.

Non tamen semper hæ partes in distributione hereditatis servantur. Nam « paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest quot voluerit. Sed solennis assis distributio in duodecim uncias fit ». *l.* 13. §. 1. Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

Jam vero circa distributionem hereditatis, tres casus distinguendi sunt. Aut enim omnes ex certa ac expressa parte scripti sunt heredes: aut omnes sine parte expressa; aut quidam ex parte expressa, quidam sine parte scripti sunt.

§. I. *De casu quo omnes heredes, singuli ex certa ac expressa parte scripti sunt.*

L. Hoc casu patet eam partem quemque habere debere, quæ sibi assignata est, licet partes sint dispares.

Nisi tamen postea testator ante peractum testamentum eos exæquaverit, ut in specie sequenti: « Si inæqualibus partibus datis ita adjiciatur: *Quos ex disparibus* partibus heredes institui, *æque* heredes sunto: existimandum est exæquari eos, scilicet si hoc ante peractum testamentum (1) scriptum sit ». *l.* 12. Paul. *lib.* 2. *ad Sab.*

LI. Dicimus singulos heredes eam partem quæ sibi assignata est in hereditate habere debere. Et quidem nulla subesse potest difficultas, quum omnes illæ partes assem efficiunt.

Quod si partes illæ assem excedant, aut contra totum non impleant, potest etiam et hoc casu solemnis assis distributio servari; sed ita ut quantum assi deest, singulis pro rata accrescat: et vice versa, si testator assem excessit, singulis pro rata eatenus decrescat. Hoc est quod ait Ulpianus:

(1) Nam post *peractum testamentum* pars ex qua quisque scriptus est heres, in totum aut pro parte adimi non potest; nisi alio testamento quo prius rumpatur. Nec enim codicillis hereditas dari aut adimi potest. Infra, *lib. seq. tit.* 7. *de jur. codicil.*

Six onces (*semis*), la moitié..... $\frac{1}{2}$
Sept onces (*septunx*)..... $\frac{7}{12}$
Deux tiers, c'est-à-dire, huit onces (*bes*)..... $\frac{2}{3}$
L'as moins un quart (*dodrans*), neuf onces ou..... $\frac{3}{4}$

L'as moins un sixième, dix onces (*dextans*)..... $\frac{10}{12}$
L'as moins une once (*deunx*)..... $\frac{11}{12}$

Mais l'once se divise aussi en deux demie-onces et en quatre quarts d'once, dont il est fait mention dans la loi 21. §. 2. ou *ff. des legs annuels*. Il est aussi quelquefois fait mention de demi-quarts, contenant une once et demie.

On n'observe cependant pas toujours cette division dans le partage des successions; car « un père de famille peut diviser sa succession en autant de parties qu'il voudra; mais la division solennelle de l'as se fait toujours en douze onces ».

Il faut maintenant distinguer trois cas, par rapport au partage des successions; car, ou tous les héritiers sont institués expressément pour une certaine portion, ou sans portion indiquée, ou les uns avec une portion déterminée, et les autres sans indication de quotité.

§. 1. *Du cas où chacun des héritiers est institué pour une portion expressément déterminée.*

L. Il est évident que dans ce cas, chacun doit avoir la portion qui lui a été assignée, quoique ces portions soient inégales.

A moins cependant que le testateur avant de clore son testament ne les ait rendus égaux, comme dans l'espèce suivante : « Si le testateur, après avoir institué des héritiers par portions inégales, a dit qu'il voulait que ceux qu'il avait institués par portions inégales, partageassent néanmoins également; il faut penser qu'ils doivent en effet avoir des portions égales, si le testateur l'a dit avant de clore son testament (1) ».

LI. Nous disons que chacun des héritiers doit avoir la portion de la succession qui lui a été assignée, et il ne peut même y avoir aucune difficulté à cet égard, si toutes les portions assignées composent l'intégrité de la succession.

Toutefois si elles l'excèdent ou ne la contiennent pas, on peut leur partager toute la succession, mais de manière que chacun gagne proportionnellement ou perde sa part de ce qui excédait ou du déficit. C'est l'opinion d'Ulpien.

(1) Parce qu'après la clôture du testament la portion pour laquelle chacun est institué, ne peut être supprimée en entier ou en partie que par un autre testament qui casse le premier, par la raison qu'une succession ne peut ni être donnée ni être ôtée par un codicille, comme on le voit au titre *du droit des codicilles*, ci-après, dans le livre suivant.

« Denique si minus distribuit, potestate juris in hoc (1) revolvitur; ut puta, si duos heredes ex quadrante scripserit. Nam hereditas ejus residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti ». *l.* 13. §. 2. Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

« Sed si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt; qui accedit quadrans, pro partibus hereditariis (2) eis adcrescit ». *d. l* 13. §. 3.

« Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, æque pro rata decrescet. Ut puta me ex duodecim unciis heredem; te ex sex scripsit; ego hereditatis habebo bessem, tu trientem ». *d. l.* 13. §. 4.

« Sed si duos ex asse heredes scripsit, alios ex duodecim unciis, an æquæ distributio fiat, apud Labeonem, libro 4 posteriorum, quæritur? Et putat Labeo, et illos ex semisse, et hos, qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore. Cui sententiæ assentiendum puto ». *d. l.* 13. §. 5.

Potest quoque (quod ad idem recidit) hoc utroque casu hereditas dividi, non ut fieri solet, in duodecim partes seu uncias; sed in plures paucioresve; tot scilicet quot testator assignavit, et quisque ex partibus sibi assignatis heres erit.

Hinc pergit Ulpianus; « Sed et si duos (3) ex asse heredes instituerit, tertium autem ex dimidia et sexta, eodem libro Labeo ait: In viginti uncias assem dividendum, octoque laturum ex dimidia et sexta scriptum; illos duos, duodecim ». *d. l.* 13. §. 6.

« Apud eumdem refertur: Titius ex parte tertia, deinde asse expleto, idem ex parte sexta; in quatuordecim uncias hereditatem dividendam Trebatius ait ». *d. l.* 13. §. 7.

§. II. *De secundo casu, quo omnes sine partibus expressis scripti sunt*

LII. Hoc casu, singuli ex æquis partibus heredes sunt.

Et vero « heredes, juris successores sunt. Et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore jus oportet: quod si non fiat, omnes æqualiter heredes sunt ». *l.* 9. §. 12. Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

(1) Id est, in assem duodecim unciis constantem.

(2) Et perinde est ac si alter ex besse, alter ex triente.

(3) Conjunctim.

« Enfin, si le testateur n'a distribué qu'une partie de ses biens, le surplus sera partagé de la même manière (1). Si, par exemple, il a institué deux héritiers pour chacun un quart, chacun en aura la moitié, parce que la moitié de sa succession non distribuée, sera acquise à l'autre moitié par droit d'accroissement, et ils seront censés avoir été l'un et l'autre institués par moitié ».

« Mais si l'un a été institué pour un quart, et l'autre pour moitié, le quart restant sera acquis à chacun, en raison de leurs droits héréditaires (2) ».

« Et s'il a donné plus de douze onces, chacune décroîtra également, si, par exemple, il m'a institué pour onze onces et vous pour six, j'aurai les deux tiers, et vous l'autre tiers de la succession ».

« Toutefois, s'il a institué deux héritiers pour chacun douze douzièmes, et encore distribué douze douzièmes à d'autres, Labéon demande, *liv. 4. poster.*, s'ils partageront tous également; et il pense que les premiers hériteront également, et les derniers de l'autre moitié entre tous; opinion à laquelle, suivant moi, il faut déférer ».

On peut aussi, ce qui revient au même, diviser l'hérédité, non pas en douze onces ou parties, comme il est d'usage, mais en plus ou moins de parties; c'est-à-dire, en autant de portions que le testateur en a assignées, pour donner à chacun des institués la portion mentionnée au testament.

C'est pourquoi Ulpien ajoute immédiatement : « Et même si le testateur a institué deux héritiers (3) pour chacun douze onces, et un troisième pour moitié et un sixième; Labéon dit, au même endroit, qu'il faut diviser la succession en vingt onces pour en donner huit à celui qui est institué pour moitié et un sixième de l'as, et douze aux deux premiers ».

« Le même auteur rapporte que dans une espèce, où Titius était institué pour un tiers; plus, pour un sixième; d'autres, pour neuf douzièmes; et le même Titius, encore pour un sixième, Trebatius dit que la succession doit être divisée en quatorze portions ».

§. II. *Du second cas où tous les héritiers sont institués sans assignation de portions.*

LII. Tous ces héritiers sont institués par portions égales.

Mais « les héritiers succèdent aux droits du testateur, et s'il en a institué plusieurs, il a dû partager ses droits entre eux, et s'il ne l'a pas fait, ils doivent tous les partager également ».

---

(1) C'est-à-dire, pour un *as*, composé de douze onces.

(2) Et il en est comme si l'un était institué pour deux tiers et l'autre pour un.

(3) Conjointement.

Ita autem ex æquis partibus heredes sunt, qui sine parte sunt scripti, ut, si quidam conjuncti sunt, illi unius vice fungantur.

Hinc in illa specie : *Titius heres esto : Seius et Mœvius heredes sunto;* verum est quod Proculo placet; duo semisses esse quorum alter conjunctim duobus datur». *l.* 59. §. 2. Celsus, *lib.* 16. dig.

§. III. *De tertio casu, quo quidam ex certis expressisque partibus, quidam sine partibus scripti sunt.*

LIII. Aut partes expressæ assem non complent, aut complent, aut superant.

Primo casu, quod assi deest, ei, vel eis qui sine parte scripti sunt, cedit.

Hinc Ulpianus : « Idem quod Sabinus ait, *si cui pars adposita non est*, excutiamus. Duos ex quadrantibus heredes scripsit, tertium sine parte : quod assi deest, feret. Hoc et Labeo ». *l.* 17. Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

Item Papinianus : « Filiis heredibus ex æquis partibus institutis, ac postea fratris filio pro duabus unciis : unum assem inter omnes videri factum placuit, et ex eo decem unciias filios accepisse. Tunc enim ex altero asse portionem intelligi relictam, quum, asse nominatim dato, vel duodecim unciis distributis, residua portio non invenitur. Nihil autem interest, quo loco sine portione quis heres instituatur, quo magis assis residuum accepisse videatur ». *l.* 78. §. 2. Papin. *lib.* 6. resp.

LIV. Secundus casus : « Sed si asse expleto, alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet. Aliter atque si ita scripsisset expleto asse, *ex reliqua parte* heres esto; quoniam quum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est (1) ». *sup. d. l.* 17. §. 3.

« Sed si, expleto asse, duo sine partibus scribantur, utrum in singulos asses isti duo, an in unum assem conjungantur, quæritur? Et putat Labeo, et verius est, in unum assem venire. Nam (2) et si unus sine parte, duo conjunctim sine parte instituantur, non

(1) Ita quidem quum testator assem explevit tantum. Secus si excessisset; tunc enim is qui *ex reliqua* parte scriptus est, videretur scriptus ex illa parte quæ dupondio deest. *l.* 87. infra *n. seq.*

(2) Dices : nunquid isti duo qui sine parte scripti sunt, pro conjunctis

Mais les héritiers institués sans assignation de portions ne doivent partager également, que de manière que ceux qui sont conjoints, ne soient réputés faire qu'une seule et même personne.

C'est pourquoi dans l'espèce suivante, où le testateur a dit : « Que Titius soit mon héritier, que Seius et Mævius soient mes héritiers ; il faut dire, avec Proculus, que la succession doit être partagée en deux moitiés, dont l'une appartiendra à Titius, et l'autre sera partagée entre les conjoints Seius et Mævius ».

§. III. *Du troisième cas où quelques héritiers sont institués pour certaines portions expressément assignées, d'autres sans assignation de portions.*

LIII. Les portions assignées ne complètent pas la division de l'as tout entière, elles remplissent cette division, ou elles en excèdent les bornes.

Dans le premier cas, celui qui est défaillant, accroît les portions de ceux dont les portions ne sont pas déterminées.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Examinons ce que dit Sabinus, que, si le testateur n'a point assigné de portions à un de ses héritiers, dans l'institution qu'il a faite de deux autres pour chacun un quart, que ce qui n'a point été assigné de ces deux derniers appartient à l'autre. Et tel est aussi l'avis de Labéon ».

Papinien dit pareillement : « Il a été décidé que si un père a institué ses fils par portions égales, et le fils de son frère pour un sixième, il était censé avoir partagé la succession entre tous ; c'est-à-dire, que ses fils devaient en avoir dix douzièmes, parce qu'il semblait avoir distribué une portion d'un second as, et que dans cette supposition la portion du second as n'existerait point. Il est aussi indifférent dans quel ordre ait été placé dans le testament l'héritier institué sans portion, pour qu'il soit censé avoir ce qui resterait de portions de l'as non assignées ».

LIV. Second cas. « Si après avoir distribué douze portions de son hérédité, le testateur a institué un autre héritier sans portion, ce dernier aura sa portion dans un second as, et il n'en sera pas comme si le testateur eût dit qu'il serait héritier pour le surplus, parce que ce surplus n'existant pas, il serait censé institué sans portion (1) ».

« Mais si ayant distribué l'as en entier, il avait institué deux héritiers sans portions, seraient-ils appelés à partager chacun un autre as, ou l'un et l'autre conjointement à partager le même ? Labéon pense, et avec raison, qu'ils devraient partager le même ; parce que (2) Celse dit, *liv*, 16, que s'il avait institué un héri-

(1) De cette manière le tuteur n'a divisé qu'un as ; il en serait autrement s'il eût divisé plus d'un as, parce que l'héritier institué pour le reste serait censé l'être pour la portion qui resterait des deux as. *l.* 87, ci-après, *num. suivant.*

(2) On a pu demander si ces deux héritiers institués sans portions ne sont

tres trientes fieri Celsus, libro 16, scripsit, sed duos semisses ». *d. l.* 17. §. 4.

In his casibus tamen dubium fuit, num qui asse jam completo scribuntur, instituti haberi debeant; an potius substituti his qui primo loco scripti sunt. Sed obtinuit ut magis (sicut diximus) ipsi in alterum assem instituti viderentur.

Hoc ex Marcello discimus. Ita ille : « Lucius-Titius, Seius et Sempronio ex semissibus heredibus institutis, et cæteris exheredatis, invicem heredem substituit. Deinde legata et libertates dedit. Postea ita subjecit : *Cornelius* et Sallustius et Varro æquis partibus heredes sunto, *quos invicem substituo* : quæro quantum vel priores duo ex semissibus instituti, vel posteriores habere debeant? Marcellus respondit, in obscuro esse Cornelium et Sallustium et Varronem primo, an secundo, vel tertio gradu heredes instituere voluerit; sed secundum scripturam testamenti quæ proponeretur, alterum assem eis datum videri ». *l.* 53. Marc. *lib.* 6. *sing. resp.*

LV. Tertius casus, quo partes expressæ assem superant.

« Sabinus : Quæsitum est, si plus asse paterfamilias distribuisset, et aliquem sine parte fecisset heredem; utrum ne is assem habiturus foret, an in duntaxat quod ex dupondio deesset? Et hanc esse tolerabilissimam sententiam puto; ut eadem ratio in dupondio omnique re deinceps, quæ in asse, servetur. Paulus : Eadem ratio est in secundo asse, quæ in primo ». *l.* 18. Paul. *lib.* 1. *ad Vitellium.*

Unde, « ex unciis sex primo herede instituto, secundo ex octo : si Tertius ex residua parte, vel nulla portionis facta mentione, heres instituatur : quinque uncias hereditatis tertius habebit. In viginti-quatuor etenim partes hereditate distributa, tertia ratio calculi (veluti ex decem partibus instituto) quinque uncias adsignavit ». *l.* 87. Hermog. *lib.* 3. *jur. epitom.*

« Quod si quis dupondium distribuit, et tertium sine parte

---

haberi possunt; ut, respectu ejus qui ex priori asse scriptus est, ambo unius vice fungantur, unicumque alterum assem ambo ferant, non singuli singulos asses? Quomodo enim conjuncti in parte intelligi possunt, qui sine parte scripti sunt? Ad hanc objectionem respondet, eos, qui sine parte scripti sunt, conjunctos intelligi posse; et probat auctoritate Celsi : *nam, et si. etc.* Cæterum, etsi quodammodo conjuncti intelligantur, ut non singulis singuli asses, sed omnibus unicus alter assis assignatus videatur, non tamen quoad cætera (puta, quod jus accrescendi) conjuncti videntur; ut videb. infra, *num.* 62.

tier sans portion, et ensuite deux autres également sans portion, on ne partagerait pas la succession en trois tiers, mais en deux moitiés ».

On a cependant douté dans ces cas, qu'on dût regarder comme institués, ceux qui l'avaient été après la distribution entière de l'as, ou s'ils n'étaient pas plutôt substitués aux premiers; mais il a été reçu, comme nous l'avons dit, qu'ils seraient censés institués pour un second cas.

Ainsi nous l'apprend Marcellus : « Lucius-Titius ayant institué Seius et Sempronius chacun pour moitié, et déshérité ses autres enfans, avait institué un autre héritier, substitué aux deux premiers, comme les deux premiers à lui; il avait encore fait des legs et donné des libertés; après quoi il avait ajouté, Cornelius, Sallustius et Varron seront mes héritiers par portions égales, et substitués les uns aux autres. On demandait quelles seraient les portions de ces premiers héritiers institués chacun pour moitié, et celles des derniers. Marcellus répondit, qu'on ne voyait pas si le testateur avait voulu instituer Cornelius, Sallustius et Varron, au premier, au second, ou au troisième degré; mais que, suivant la lettre du testament proposé, il paraissait leur avoir donné un second as ».

LV. Troisième cas, où les portions assignées excèdent la totalité de l'as.

« Sabinus dit qu'on a demandé, si dans le cas où un testateur aurait distribué plus de douze douzièmes de sa succession, et ensuite institué un héritier sans portion, celui-ci devait avoir un as tout particulier, ou seulement ce qui s'en faudrait de deux as, je pense que cette opinion est plus admissible; c'est-à-dire, qu'il faut suivre la même proportion pour deux as ou plus que pour un. Paul dit aussi, que la mesure à suivre pour le premier as, doit être suivie pour le second ».

C'est pourquoi, « si un premier héritier a été institué pour six douzièmes; un second, pour huit; et un troisième, pour le reste, ou sans mention de portion, ce dernier aura cinq douzièmes de l'hérédité, partagée en vingt-quatre portions, parce qu'il en sera comme s'il eût été institué pour dix portions, c'est-à-dire, qu'il en aura cinq ».

« Si un testateur a distribué deux as, et institué un troisième

---

pas conjoints, et si par rapport à celui qui est institué pour le premier as, ils ne sont pas censés faire une seule personne, et devoir avoir chacun un as au lieu d'en partager un; car comment pourraient-ils être regardés comme conjoints pour une partie étant institués sans portions? A cela on répond que ceux qui sont institués sans portions peuvent être conjoints, et on le prouve par l'autorité de Celse, qui dit *nam si*, *etc.*; mais quoiqu'ils puissent être conjoints en quelque sorte, à l'effet de n'avoir pas chacun un as entier, et d'en partager un entre eux; ils ne le sont pas à d'autres égards, par exemple, à l'égard du droit d'accroissement, comme on le verra plus bas, *num.* 62.

instituit; hic non in alium assem (1), sed in trientem venit : ut Labeo (*lib.* 4°. posteriorum) scripsit. Nec Aristo vel Aulus (2), ut pote probabile, notant (3) ». *l.* 17. §. *fin.* Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

Ut autem ea quæ diximus, obtineant, « quo loco scribatur heres sine parte, utrum primo, an medio, vel novissimo, nil interest ». *l.* 20. Paul. *lib.* 2. *ad Sab.*

Item alibi autem interest quo loco sine portione quis heres instituatur, quo magis assis residuum accepisse videatur ». *l.* 78. §. 2. *v. nihil autem.* Pap. *lib.* 6. resp.

LVI. Observandum superest quod, ut intelligatur an partes expressæ assem compleant nec ne, an superent, etiam portione sillis, qui inutiliter heredes scripti sunt, adscriptæ computantur. V. G. « si jam mortuo quadrans, alii dodrans datus sit, et alius sine parte scriptus sit, Labeo ait, eum qui sine parte heres institutus sit, alterum assem habiturum, et hanc mentem esse testantis. Quod et Julianus probat, et verum est ». *d. l.* 20. §. 1.

Suffragatur Africanus : « Quidam testamento ita heredes instituit : « *Titia filia mea heres esto.* Si quid mihi liberorum me » vivo mortuove nascetur, tunc qui virilis sexus unus pluresve » nascentur, ex parte dimidia et quarta; qui fœminini sexus una » pluresve natæ erunt, ex parte quarta mihi heres sit ». Posthumus ei natus es : consulebatur quota ex parte posthumus heres esset? Respondit : Eam hereditatem in septem partes distribuendam : ex his filiam quatuor, posthumum tres habituros; quia filiæ totus as (4), posthumo dodrans datus est : ut quartam portionem amplius filia, quam posthumus, ferre debeat. Ideo si posthuma quoque nata esset, tantumdem sola filia, quantum uterque posthumorum habituri essent. Itaque in proposito quum as filiæ, dodrans posthumo sit datus, viginti-unam (5) partes fieri, ut filia duodecim, novem filius habeat ». *d. l.* 47. §. 1. Afric. *lib.* 4. quæst.

---

(1) Dupondium.

(2) Aulus-Cascellius, de quo in præfat. *part.* 2. *cap.* 1. *n.* 17.

(3) Id est, non arguunt istam sententiam.

(4) Computatur igitur quadransposthumæ, quæ non nata est, assignatus, ita ut asse completo filia in alterum assem scripta videatur.

(5) Quæ partes viginti et una recidunt ad partes septem, quarum filiam quatuor, posthumum tres habituros dictum est.

héritier sans portions désignées, ce troisième héritier n'aura point de part dans les deux premiers as (1), mais dans un troisième, comme le dit Labéon, *liv. 4. poster.*; et Ariston, comme Aulus (2), trouve cette opinion fondée (3) ».

Mais pour qu'il y ait lieu à ce que nous avons dit, « il est indifférent que l'héritier institué le soit au premier, au second, ou au troisième degré ».

Il est encore dit ailleurs que, « il importe peu en quel ordre l'héritier sans portion soit institué, pour qu'il ait le reste de l'as ».

LVI. Il nous reste à observer, que pour juger si les portions assignées complètent, ne complètent pas, ou excèdent l'as, on compte aussi celles qui ont été assignées aux héritiers dont l'institution serait nulle. Par exemple, « si le testateur a assigné un quart à un individu qui est mort; et trois quarts à un autre, Labéon dit qu'un homme institué sans portion déterminée, est institué pour un second as, et que c'est ce qu'a voulu dire le testateur. Julien adopte cette opinion, et elle est juste ».

C'est aussi celle d'Africanus : « Un testateur avait institué des héritiers par son testament, en disant : « Que ma fille Titia soit mon héritière. S'il vient à me naître d'autres enfans, avant ou après ma mort, ceux du sexe masculin en quelque nombre qu'ils soient, auront la moitié et le quart de ma succession; et ceux du sexe féminin, soit qu'il n'y en ait qu'un ou qu'il y en ait plusieurs, en auront le quart ». Il lui naquit un posthume. On demandait quelle portion il aurait dans la succession. Il fut répondu qu'il fallait partager la succession en sept portions, en donner quatre à la fille, et trois au posthume, parce que le testament donnait l'as entier à la fille (4), et les deux tiers au posthume, pour que la fille receuillît un quart plus que le posthume. Par conséquent, s'il était né encore une fille posthume, la fille seule aurait autant que chacun des deux posthumes; c'est pourquoi, comme dans l'espèce proposée, la fille est héritière pour un as entier, et le posthume pour deux tiers, il faut partager la succession en vingt et une parties (5), pour que la fille en ait douze, et le fils neuf ».

---

(1) Les deux premiers as.

(2) Aulus-Cascellius, dont nous avons parlé dans notre préface, *part.* 2. *chap.* 1. *n.* 17.

(3) C'est-à-dire, n'improuvent pas cette opinion.

(4) On compte donc le quart assigné à la posthume qui n'est pas née, pour compléter l'as, afin que la fille soit censée instituée pour un second as.

(5) Lesquelles vingt et une parties se réduisent à sept, dont on a dit que la fille aurait quatre et le posthume trois.

§. IV. *Quando quis ex certa ac expressa parte scriptus heres videatur?*

LVII. Pars certa et expressa assignata videtur, etiam illa quæ ex aliqua relatione certa est.

Hinc « si quis ita heredem instituerit : *Titius* qua ex parte mihi socius est in vectigali salinarum, pro ea parte mihi heres esto : quidam putant, si asse descripto id adjectum sit, ut maxime (1) socius fuerit Titius, non esse heredem ; sed si qua pars vacua relicta fuerit, ex ea heredem esse. Quod totum et ineptum et vitiosum est. Quid enim vetat, asse descripto, utiliter Titium (ex parte forte quarta ex qua socius erat) heredem institutum esse » ? *l.* 59. §. 1. Cels. *lib.* 16. dig.

Item in hac specie : « Lucio-Titio ex duabus partibus, Publio-Mævio ex quadrante scriptis heredibus, assem in dodrantem esse divisum respondi : modum enim (2) duarum partium ex quadrante declarari. Quod (3) veteres nummis Titio legatis, nummorum specie non demonstrata, cæterorum legatorum contemplatione receperunt ». *l.* 78. §. 1. Papin. *lib.* 6. resp.

LVIII. *Pars* aliam interpretationem recipit in specie sequenti :

« In testamento ita scriptum est : « *Lucius-Titius* ex duabus uncias, Gaius-Atticus ex parte una, Mævius ex parte una, Seius » partibus duabus heredes mihi sunto ». Consulebatur quid juris esset ? Respondit hanc scripturam, illam interpretationem accipere posse, ut Lucius-Titius duas uncias habeat, cæteri autem, quasi sine partibus instituti, ex reliquo dextante heredes sint. Quem dextantem ita dividi oportet, ut Seius quincuncem, Attius et Mævius alterum quincuncem habeant ». *l.* 47. §. *fin.* Afric. *lib.* 4. quæst.

LIX. In specie sequenti, ex collatione plurium quæ testator expressit, partes certæ statutæ intelliguntur.

« Clemens-Patronus testamento caverat ut, si sibi filius natus fuisset, heres esset ; si duo filii, ex æquis partibus heredes essent ;

(1) Id est, quamvis, etiamsi.

(2) *Ex quadrante* scilicet qui Mævio assignatus est, declaratur duas partes Titio assignatas, esse quoque duos quadrantes. Totus as igitur hereditatis dividitur in dodrantem, id est, in tres quadrantes.

(3) Id est, quam decisionem veteres receperunt, ut dicerent, nummis Titio legatis nummorum specie non demonstrata, eorum speciem ex cæterorum legatorum comparatione declarari.

§. IV. *Quand un héritier est censé expressément institué pour une portion déterminée.*

LVII. On regarde comme une portion expressément déterminée, celle même qui ne l'est que sous certains rapports.

C'est pourquoi, « si un testateur a institué un héritier, en disant : Titius sera mon héritier pour la même portion qu'il est mon associé dans la ferme des salines; quelques jurisconsultes pensent que si le testateur a institué Titius, après avoir disposé des douze parties d'un as, quoique son associé (1), il ne sera point son héritier, mais cette opinion n'a aucun fondement; car, qui empêche qu'après avoir distribué les douze douzièmes d'un as, le testateur n'ait encore institué Titius pour une portion, telle que celle qu'il avait dans la ferme des salines, et, par exemple, pour un quart dans le second as ».

Et dans l'espèce suivante : « Lucius-Titius et Publius Mævius ayant été institués héritiers, l'un, pour deux portions, et l'autre, pour un quart; j'ai répondu que le testateur avait divisé sa succession en trois quarts, et qu'il le déclarait nettement, en donnant un quart à un de ses héritiers (2), parce que les anciens (3) avaient décidé, que dans le cas où il avait été légué des pièces de monnaies non désignées à un légataire, l'espèce en était suffisamment déterminée par la désignation des espèces léguées à d'autres ».

LVIII. Le mot portion ou partie, a une autre signification dans l'espèce suivante.

« Un testateur avait dit dans son testament : « Lucius-Titius sera mon héritier pour deux onces; Gaius-Attius pour une portion, Mævius aussi pour une, et Seius pour deux ». On demandait quelles seraient ces portions et ces onces; j'ai répondu qu'on pouvait interpréter le testament en ce sens, que Lucius-Titius serait censé institué pour deux onces, et les autres, comme institués sans portions désignées, héritiers pour dix douzièmes à diviser, de manière que Seius en eût cinq, et que les cinq autres fussent partagés entre Attius et Mævius ».

LIX. Dans l'espèce suivante, le testateur est censé avoir désigné les portions de ses héritiers, en désignant expressément plusieurs autres portions.

« Clemens Patronus avait dit, dans son testament, que s'il lui naissait un fils, il serait son héritier; que s'il lui en naissait deux,

(1) C'est-à-dire, *quamvis etiamsi.*

(2) C'est-à-dire, que du quart assigné à Mævius, on déclare que deux portions sont assignées à Titius, c'est-à-dire, deux quarts; d'où suit que la succession est divisée en trois quarts.

(3) C'est-à-dire, que les anciens avaient admis cette décision pour juger que l'espèce des pièces de monnaie léguées à Titius était la même que celle des pièces léguées avec désignation à d'autres légataires.

si duæ filiæ, similiter; si filius et filia, filio duas partes, filiæ tertiam dederat. Duobus filiis et filia natis, quærebatur quemadmodum in proposita specie partes faciemus, quum filii debeant pares esse, vel etiam singuli duplo plus quam soror accipere? Quinque igitur partes fieri oportet, ut ex his binas masculi, unam fœmina accipiat ». *l.* 81. Paul. *lib.* 9. quæst.

LX. In specie sequenti dubium fuit an partes expressæ intelligerentur; et placuit non intelligi.

« Si quis heredes ita instituit : « *Titius* ex parte prima, Seius » ex parte secunda, Mævius ex parte tertia, Sulpicius ex parte » quarta heredes sunto ». Æquæ partes partes hereditatis ad institutos pertinebunt, quia testor appellatione numeri, scripturæ magis ordinem, quam modum partibus imposuisse videtur ». *l.* 14. Javol. *lib.* 1. *ex Cassio.*

ARTICULUS III.

De jure adcrescendi.

LXI. Quum plures heredes scripti sunt, si quis ex illis deficiat, portio ejus non legitimis heredibus defertur, ne quis videatur partim testatus, partim intestatus decedere; sed cæteris, qui ex testamento heredes existunt, accrescit.

Hinc Tryphoninus : « Quid autem si filium post testamentum natum ex besse, filiam autem post testamentum natam ex triente scripsit heredem, nullum coheredem dedit, nec substituit invicem alium? Unus natus, solus ex testamento fit heres ». *l.* 28. §. *fin. ff.* 28. 2. *de liber. et posth. lib.* 20. disp.

Et quidem, jure antiquo, non intererat quomodo deficeret portio ejus heredis scripti, qui ad hereditatem non veniebat, semperque ejus portio cæteris scriptis heredibus accrescebat. Verum jure novo, quod introduxerunt leges caducariæ *Julia* et *Papia*, interest quomodo deficiat. Nam si ille heres ante apertas tabulas post mortem testatoris decesserat, portio caduca fiebat; si vivo testatore decederet, erat in causa caduci; et utroque casu, portio ejus coheredibus non accrescebat, sed fisco cedebat; nisi coheredes essent ex liberis aut parentibus defuncti usque ad tertium gradum, quibus jus antiquum servabatur (1). Quod si ab initio inutiliter scriptus fuisset, aut natus non fuisset, locus erat juri accrescendi; cui etiam locum fuisse censeo, si post apertas tabulas,

(1) Plures eruditi, inter quos et Heinneccius, etiam cuivis coheredi qui sobolem haberet, jus accrescendi servatum censent. De qua re vid. quæ notavimus infra ad *tit. de legatis, part.* 5.

ils le seraient par portions égales; que s'il lui naissait deux filles, elles le seraient comme deux fils; mais que, s'il lui naissait un fils et une fille, le fils aurait deux portions, et la fille la troisième. Il eut deux fils et une fille. On demandait comment on devait leur partager la succession, d'après le testament qui donnait aux deux fils des portions égales, et si l'on devait donner à leur sœur la moitié moins qu'à chacun d'eux. Il fallait donc faire cinq parts, pour en donner deux à chacun des fils, et une à la fille ».

LX. On a douté, dans l'espèce suivante, si les portions assignées l'étaient d'une manière certaine, et la question a été négativement décidée.

« Si un testateur a institué des héritiers, en disant : « Titius sera mon héritier pour la première partie; Seius, pour la seconde; Mævius, pour la troisième; et Sulpicius, pour la quatrième; chacun d'eux aura un quart, parce que le testateur a plutôt exprimé le nombre que la qualité des portions qu'il a assignées ».

ARTICLE III.

Du droit d'accroissement.

LXI. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers institués, s'il en meurt un, sa portion n'est pas déférée aux héritiers légitimes, afin que le testateur ne paraisse pas avoir testé en partie, et être mort en partie *intestat*; elle est donnée aux autres héritiers testamentaires, par droit d'accroissement.

C'est pourquoi Tryphoninus dit : « Que faut-il décider, si le testateur a voulu que son fils, né après son testament, fût son héritier pour deux tiers; et sa fille, également née après son testament, pour l'autre tiers, sans leur donner de cohéritiers, et sans les substituer l'un à l'autre. Il a été décidé que s'il n'était né que l'un ou l'autre, il serait unique héritier ».

Il importait même peu, dans l'ancien droit, de quelle manière l'un des héritiers institués ne prenait point de part à la succession, et sa portion était donnée aux autres héritiers par droit d'accroissement; mais par le nouveau droit, introduit par les lois Julia et Papia, sur le droit caducaire, cela n'est pas indifférent; car, si cet héritier était décédé avant l'ouverture du testament, et après la mort du testateur, sa portion devenait caduque et était déférée, non pas aux autres héritiers, mais au fisc, soit qu'il mourût avant le testateur ou après, à moins qu'il n'y eût des cohéritiers descendans des parens du testateur ou de ses enfans, jusque au troisième degré, à qui le droit ancien était conservé (1); mais si son institution était nulle ou s'il n'était pas né, il y avait lieu au droit

(1) Plusieurs savans, entre lesquels on compte Heinneccius, pensent que le droit d'accroissement était aussi conservé à tout cohéritier qui avait des enfans. Sur quoi voyez nos notes, au titre *des legs, part.* 5.

delata jam hereditate, dum deliberat, decessisset, aut etiam repudiasset. Quum autem Justinianus jus caducorum abrogaverit, hodie indistincte portio deficiensis coheredibus accressit Vid. tit. 6. cod. lib. 51. de caduc. toll. et infra ad titulos de legatis, part. quinta ubi hæc fusius tractabimus.

LXII. In hoc jure accrescendi si quis cum eo qui deficit, in parte conjunctus erat, cæteris heredibus præfertur.

Hinc Paulus : « Quod si vivus et mortuus ex parte dimidia conjunctim heredes instituti sunt, ex altera alius; æquas partes eos habituros ait, quia mortui pars pro non scripta habetur ». *l.* 20. §. 2 Paul. *lib.* 2. *ad Sab.*

Ubi autem nemo cum deficiente conjunctus est, omnes coheredes admittentur.

Unde Celsus : « Quum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est : pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis accrescit, neque refert primo loco quis institutus, an alicui substitutus (1) heres sit ». *l.* 59. §. 3. Celsus, *lib.* 16. dig.

Et quum plures sine parte instituti sunt, quidam ex certis partibus : qui sine parte scripti sunt, non ideo videntur quoad jus accrescendi invicem conjuncti; nec vice versa.

« Unde (Labeo) tractat : Si duos ex undecim, duo sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit; utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat. Sed Servius omnibus accrescere ait : quam sententiam veriorem puto. Nam quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur. Quod et Celus libro 16 Digest. probat ». *l.* 17. §. 1. Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

« Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte heredes scripserit, nec hos, neque illos (2) conjunctos ». *d. l.* 17. §. 2.

Similiter Javolenus : Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest; quod si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet : sin autem ex separatis, ad omnes qui testamento eo-

(1) Ergo in jure accrescendi, substitutus utitur jure quod habuisset institutus cui substitutus est.

(2) Nec hos qui sine parte, nec illos qui in priori asse completo partes expressas habent, ob id solum intelligi inter se conjunctos.

d'accroissement, auquel je crois qu'il y avait aussi lieu, s'il avait renoncé à la succession, ou était mort après l'ouverture du testament, et pendant qu'on délibérait sur son acceptation. Mais Justinien ayant abrogé le droit caducaire, la portion de l'héritier accroît aujourd'hui indistinctement celles de ses cohéritiers. Voy. *tit. cod. de l'abolition ou abrogation du droit caducaire*, et ci-après, aux titres *des legs*, *part.* 5, où nous en traiterons plus longuement.

LXII. Par rapport à ce droit d'accroissement, le conjoint de l'héritier défaillant est préféré aux autres.

C'est pourquoi Paul dit : « Si le vivant et le mort étaient conjointement institués pour moitié, et un autre pour l'autre moitié, le vivant et ce dernier hériteront par portions égales, parce que le mort sera censé n'avoir point été institué ».

Mais si le mort n'était conjointement institué avec aucun des héritiers, sa portion accroîtra celles de tous les autres.

C'est pourquoi Celse dit : « Lorsque quelqu'un des héritiers n'hérite point, s'il n'est conjointement institué avec personne, sa part accroît également celles de tous les autres, en raison de leurs droits héréditaires, et il est indifférent qu'il ait été institué ou substitué au premier ou au second degré (1) ».

Et lorsqu'il y a plusieurs héritiers institués, dont quelques-uns avec des portions déterminées, ceux-ci ne sont pas censés conjoints par rapport au droit d'accroissement, parce qu'ils sont institués sans portions déterminées. Il en est réciproquement de même des autres.

« C'est pourquoi Labéon examine, dans le cas où le testateur a institué deux héritiers pour onze douzièmes, et deux sans portions déterminées, dont l'un a renoncé à la succession, si tous les autres ont une demie-once, où s'il n'y a que celui qui a été institué sans portion déterminée, et il varie à cet égard; mais Servius dit qu'elle accroît toutes les portions, et je crois qu'il a raison; car, par rapport au droit d'accroissement, ceux qui sont institués sans portions ne sont pas conjoints, et Celse, *liv.* 16. *dig.*, adopte cette opinion ».

« Le même jurisconsulte dit, que si le testateur, ayant épuisé toutes les parties de l'as, a encore institué deux héritiers sans portions, ni les uns, ni les autres ne sont conjoints (2) ».

Javolenus dit également : « Il faut savoir si les héritiers institués sans portions, le sont conjointement ou séparément, parce que si l'un des institués conjoints est mort, sa part accroît les portions des autres conjoints, et non celles de ceux qui ne le sont

(1) Ainsi, par rapport au droit d'accroissement, le substitué use du même droit qu'aurait eu l'institué auquel il a été substitué.

(2) Ni ceux qui sont institués sans portions, ni ceux dont les portions absorbent la totalité de l'as, ne sont conjoints par cette raison.

dem (1) scripti sunt heredes, portio ejus pertinet ». *l.* 63. Javol. *lib.* 1. *ex Cassio.*

LXIII. Jam observandum est portiones deficientes magis accrescere coheredum portionibus, quam ipsis coheredum personis.

Hinc 1°. coheredum, quibus pars deficientis accrescit, scientia non requiritur. V. G. « heredi cum posthumo instituto reliquæ partes adcrescunt, quæ posthumo datæ sunt, si certum sit non esse prægnantem, licet heres ignoret ». *l.* 31. *ff.* 29. 2. *de aquir. vel omitt. hered.* Paul. *lib.* 2. *ad Sab.*

Imo et invitis accrescit. Hinc Gaius : « Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt ». *l.* 53. §. 1. *ff. d. t. de acq. vel omitt. hered.* Gaius, *lib.* 14. *ad leg. Jul. et Pap.*

Hinc 2°. etiam heredi coheredis, qui adivit hereditatem, pars deficientis accrescit, et quidem invito, ut in specie sequenti :

« Si Attius Titium, et Mævium, et Seium æquis partibus heredes instituit; Titius interim solus adiit hereditatem, et Seium heredem instituit : poterit Seius Titii adire hereditatem, Attii vel omittere. Sed Attio, antequam adeat vel omittat ejus hereditatem, ex semisse (2) heres erit. Si adierit Seius Attii hereditatem, Titius ex triente duntaxat heres erit; et per hereditatem Titii triens duntaxat ad Seium perveniet, alterum trientem ex sua institutione (3) habebit. Quid ergo, si ab Attio Titius et Seius (4) heredes instituti sunt, Titius adierit hereditatem, Titio Seius heres extiterit? Potestne Attii hereditatem omittere? An necessario ei ex asse heres est? Quippe (5) quum alius nemo heres institutus est, quam is ipse qui ex aliqua parte jam heres est : perinde est quasi unus heres per Titium institutus (6) sit ». *l.* 59. §. *fin.* Celsus, *lib.* 16. digest.

---

(1) Non ergo ad eos duntaxat qui sine partibus scripti sunt.

(2) Quia jam ex persona Titii trientem habet Si autem repudiet trientem ex quo ipse scriptus est, hic triens repudiatus, trienti, quem ex persona Titii jam habet, pro dimidia accrescet : triens autem et dimidia trientis faciunt semissem.

(3) Etsi non adiret, semissem haberet; si adeat, duos trientes habebit.

(4) Mutat speciem, et supponit solos Titium et Seium heredes scriptos.

(5) Ita certe *quippe quum*, *etc.*

(6) Portio enim, quam ex sua persona Seius omitteret, accrescit portioni quam habet ex persona Titii qui adivit, et cui ipse heres extitit.

pas; mais s'il meurt un de ceux qui n'étaient pas conjoints, sa part accroît celles de tous les héritiers institués par le même testament (1) ».

LXIII. Il faut maintenant observer que les portions des héritiers défaillans, sont acquises aux portions de leurs cohéritiers, et non à leur personne.

C'est pourquoi : 1°. on n'examine pas si les cohéritiers savent ou ignorent cet accroissement de leur portion. Par exemple, « l'héritier profite de la portion laissée au posthume institué héritier, dès qu'il devient certain que la veuve n'était pas enceinte, quoiqu'il l'ignore ».

Cet accroissement a même lieu, malgré ceux qui en doivent profiter. C'est pourquoi Gaius dit : « Celui qui a été une fois héritier pour une portion, profite malgré lui des portions de ces cohéritiers défaillans; c'est-à-dire, qu'elles accroissent la sienne malgré lui ».

C'est pourquoi, 2°. la part de l'héritier défaillant accroît celle de l'héritier qui a accepté la succession, et même malgré lui, comme on le voit dans l'espèce suivante.

« Si Attius a institué héritiers par portions égales, Titius, Mævius et Seius; que Titius ait seul accepté la succession, et qu'il ait institué Seius; Seius pourra accepter la succession de Titius; mais il pourra, à son choix, accepter celle d'Attius ou y renoncer. Il sera néanmoins héritier pour moitié (2) d'Attius, avant d'avoir accepté sa succession ou d'y avoir renoncé. Si Seius a accepté la succession d'Attius, Titius n'en aura qu'un tiers, et Seius n'aura non plus qu'un tiers dans celle de Titius; mais il aura l'autre tiers en vertu de son institution (3). Qu'arrivera-t-il donc, si Attius a institué héritiers Titius et Seius (4); que Titius ait accepté la succession, et que Seius ait été héritier de Seius? Pourra-t-il renoncer à la succession d'Attius? Sera-t-il nécessairement son héritier pour la totalité, parce que personne autre n'a été institué son héritier (5), que celui qui était déjà son héritier en partie? Oui, sans doute, et il en doit être de même que si Titius n'eût institué qu'un héritier (6) ».

---

(1) Et par conséquent n'aurait pas seulement celles de ceux qui étaient institués sans portions.

(2) Parce qu'il a déjà un tiers par Titius; mais s'il renonce au tiers pour lequel il était institué lui-même, ce tiers accroîtra pour moitié celui qu'il avait par Titius; or, un tiers et un demi-tiers égalent une moitié.

(3) Quoiqu'il n'acceptât pas la succession il en aurait la moitié, et s'il l'accepte il en aura deux tiers.

(4) Il change d'espèce, et suppose que Titius et Seius ont été seuls institués héritiers.

(5) Oui certainement, puisque, etc.

(6) Car la portion à laquelle Seius aurait renoncé de son chef, accroît celle qu'il a du chef de Titius qui a accepté la succession, et dont il a été héritier.

Quum portio portioni accrescat, hinc 3°. « si totam hereditatem aut partem ex qua quis heres institutus est : tacite rogatus sit restituere (1), apparet nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere (2) ». *l.* 83. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel omitt. hered.* Ulp. *lib.* 18. *ad leg. Jul. et Pap.*

TITULUS VI.

De vulgari et pupillari substitutione.

I. « *Heredes* aut *instituti* dicuntur, aut *substituti;* instituti, primo gradu; substituti, secundo vel tertio ». *l.* 1. Modest. *lib.* 2. *Pandect.*

Jure Pandectarum duplex substitutionis (3) species; *vulgaris* scilicet et *pupillaris.*

II. *Vulgaris* substitutio est secundo aut ulteriori gradu facta institutio; scilicet quum quis, *si alter heres non erit*, in ejus locum heres scribitur.

Gradus non ex ordine scripturæ, sed ex ordine quo quis pluribus hereditatem suam deferri voluit, intelligitur.

Hinc, « si quis ita institutus sit, *Titius heres esto, si secundus heres non erit;* deinde, *secundus heres esto :* placet primo gradu secundum esse institutum ». *l.* 28. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

Hinc « hæc verba : *Publius, Marcus Gaius, invicem substituti, heredes mihi sunto*, sic interpretanda sunt, ut breviter videatur testator tres instituisse heredes, et invicem eos substituisse; perinde ac si ita scripsisset, *ille, et ille, et ille* instituti heredes et substituti sunto ». *l.* 37. § 1. *ff.* 1. *de hered. instit.* Jul. *lib.* 29. dig.

III. Unum obiter hic quærendum. Nimirum « ut heredibus substituti potest, ita etiam legatariis videamus an idem fieri possit, et quum mortis causa donabitur, ut id promittat ille alteri, si ipse capere non poterit? Quod magis est, quia in posterioris quoque personam donatio confertur ». *l.* 50. *ff.* 31. 1. *de legatis* 2°. Marcell. *lib.* 28. dig.

De hac legatariorum et donatariorum « mortis causa substitutione id notasse sufficiat. In hoc enim titulo duntaxat agitur de substitutionibus heredum.

---

(1) Incapaci scilicet.

(2) Quum ei fiscus auferre debeat. Non igitur ei accrescet, sed fisco.

(3) *Directæ :* nam de hac sola agimus. De fideicommissariis substitutionibus agitur infra, *lib.* 36. *tit.* 1. *ad senatusconsul. Trebellian.*

De ce qu'une portion en accroît un autre, il suit, 3°. que « si quelqu'un est institué héritier, sous la condition de remettre tacitement (1) toute la succession, ou la portion pour laquelle il était institué; il paraît qu'il ne doit pas jouir du droit d'accroissement, parce qu'il est censé n'avoir point la chose (2) ».

TITRE VI.

De la substitution vulgaire et de la substitution pupillaire.

I. « Les héritiers sont institués ou substitués. Les héritiers sont institués au premier degré, et substitués au second ou au troisième ».

Il y a deux espèces de substitutions dans le droit des Pandectes (3), la substitution vulgaire et la substitution pupillaire.

II. La substitution vulgaire est une institution au second degré ou à un degré plus éloigné, c'est-à-dire, que l'héritier substitué est institué pour héritier si un autre n'hérite pas.

On juge qu'un héritier est institué au premier degré ou au second, non pas parce qu'il est nommé le premier ou le second; mais parce que le testateur a voulu que sa succession lui fût déférée le premier ou le second.

C'est pourquoi, « si le testateur a dit : Que Titius soit mon héritier, si tel autre ne l'est pas; et ensuite que ce tel soit mon héritier; il a été décidé que Titius était institué au second degré ».

De là « ces expressions, que Publius, Marcus, Gaius soient mes héritiers et substitués les uns aux autres, doivent s'entendre en ce sens, que le testateur a voulu brièvement instituer trois héritiers, et les substituer les uns aux autres, comme s'il eût dit, je veux que tel, tel et tel, que j'ai institués mes héritiers, soient substitués réciproquement les uns aux autres ».

III. Nous examinerons ici en passant, « si on peut substituer des légataires comme des héritiers, et par rapport aux donations à cause de mort, si celui à qui la donation a été faite peut la transmettre à un autre, dans le cas où il serait incapable d'en profiter; et c'est le plus probable, puisqu'une donation est validement faite sous la condition de rendre à un tiers ».

Voilà donc tout ce que nous avons à observer sur cette substitution des légataires et des donataires; car nous ne traiterons ici que de la substitution d'héritier à un autre.

---

(1) Par exemple, à un incapable.

(2) Puisque le fisc doit la lui ôter, ce sera donc le fisc et non pas lui qui profitera du droit d'accroissement.

(3) Directe, car nous ne traiterons que de celle-là. Nous traiterons des substitutions fidéicommissaires ci-après, *liv.* 36, *au sénatus-consulte Trébellien.*

IV. *Pupillaris* substitutio ea est qua pater liberis quos in potestate habet, *si intra pubertatem decesserint*, scribit heredem.

Descendit hæc substitutio ex interpretatione legis XII Tabularum. Aiebat lex : *Uti paterfamilias super familia pecuniave rei suæ legassit.* Suis autem rebus Romani liberos suos annumerabant, quos tanquam res mancipi in dominio juris quiritium haberent. Inde collegerunt prudentes posse patres de pecunia, seu de hereditate liberorum suorum, tanquam de re sua testari; sic tamen ut illud testamentum, quod de hereditate liberorum suorum facerent, ita valeret, si illi liberi ante decederent, quam ipsi sibi testamentum facere possent, id est, ante pubertatem : nec enim illis, morte patris patribusfamilias factis, hæc facultas auferenda est, quum jam per ætatem eam habere possunt.

V. Substitutio aliquando duplicem utriusque substitutionis, *vulgaris* scilicet et *pupillaris*, casum complectitur; aliquando alterutrius duntaxat casum continet.

Hinc « heredis substitutio duplex est, aut simplex. Veluti : Lucius-Titius heres esto: *Si mihi Lucius-Titius heres non erit*, tunc Seius heres mihi esto (1) : si heres non erit, *sive erit, et intra pubertatem decesserit* (2), tunc Gaius-Seius heres mihi esto ». *l.* 1. §. 1. Modest. *lib.* 2. *Pandect.*

Aliquando etiam *triplex* est substitutio. Nam, præter vulgarem et pupillarem, potest continere fideicommissariam ; ut scilicet, si filius, cui substituitur, post pubertatem decesserit, hereditas substituto jure fideicommissi restituatur.

« VI. Tertia est jure Justinianeo directe substitutionis species (3); qua parentes liberis mente captis, *si antequam resipuerint, decesserint*, aliquem scribunt heredem : quæ substitutio *exemplaris* dicta est, quia ad exemplum pupillaris substitutionis introducta.

His breviter præmissis, jam fusius de singulis substitutionum speciebus, vulgari, pupillari, et exemplari, singulis sectionibus tractabimus.

SECTIO I.

De vulgari substitutione.

Circa vulgarem substitutionem quæremus : 1°. de hujus natura ; 2°. de variis substitutionis vulgaris divisionibus ; 3°. qui substitui

(1) Hucusque simplex.

(2) Hic est duplex.

(3) Jam ante Justinianum moribus introducta fuerat, sed ita ut ex permissu demum principis fieri posset.

IV. La substitution pupillaire est celle par laquelle un père institue un héritier aux enfans qu'il a sous sa puissance, en cas qu'ils meurent avant leur majorité.

Cette substitution vient de l'interprétation de la loi des XII Tables. Cette loi disait : Si un père de famille a disposé par testament de sa famille ou de sa fortune, etc. ; or, les citoyens romains comptaient leurs enfans dans leurs biens, et en avaient la propriété comme des choses dites *mancipi*, dont les prudens concluaient qu'un père pouvait disposer de la succession de ses enfans comme de la sienne, de manière cependant, que le testament, par lequel il en disposait, ne valait que dans le cas où ils seraient morts avant de pouvoir en disposer eux-mêmes ; c'est-à-dire, avant leur majorité ; car on ne voulait pas leur ôter cette faculté, lorsque leur âge en comportait l'usage, et qu'ils étaient devenus pères de famille par la mort de leur père.

V. Quelquefois la substitution est double ; c'est-à-dire, vulgaire ou pupillaire, et quelquefois elle n'est que vulgaire ou pupillaire.

C'est pourquoi, « il y a deux espèces d'héritiers substitués ; c'est-à-dire, que la substitution est simple ; comme, par exemple, lorsque le testateur a dit : Si Lucius-Titius n'est pas mon héritier, ce sera Seius (1), et s'il ne l'est pas, ou s'il l'a été, mais qu'il soit mort avant sa majorité (2), ce sera Gaius-Seius ».

Elle est même quelquefois triple ; car elle peut être vulgaire, pupillaire et fidéicommissaire, comme, par exemple, si le fils auquel un autre était substitué est mort après sa puberté, et que la succession soit restituée au substitué en vertu d'un fidéicommis.

VI. Il y a dans le droit de Justinien une troisième espèce de substitution directe (3), par laquelle les parens instituaient un héritier substitué à leurs enfans qui sont en démence, s'ils meurent avant de recouvrer l'usage de la raison. Cette substitution est appelée exemplaire, parce qu'elle a été introduite à l'instar de la substitution pupillaire.

Après ces notions préliminaires, nous allons traiter plus au long de chacune de ces trois espèces de substitution, vulgaire, pupillaire et exemplaire, dans autant de sections.

SECTION I.

De la substitution vulgaire.

Par rapport à la substitution vulgaire, nous traiterons : 1°. de sa nature ; 2°. de ses différentes divisions ; 3°. de ceux qui peuvent

(1) Jusque-là la substitution est simple.

(2) Ici elle est double.

(3) Cette substitution avait déjà été introduite par l'usage avant Justinien, mais n'avait lieu que par la permission du prince.

vulgariter possunt; 4°. de effectu substitutionis vulgaris; 5°. quando ille deficiat.

ARTICULUS I.

De natura substitutionis vulgaris.

VII. Ex definitione substitutionis vulgaris, quam modo supra retulimus, liquet hanc esse hujus naturam, ut quis in locum alterius heredis scripti, qui heres non foret, scribatur heres.

Quum autem non possit quis per rerum naturam in locum alicujus heredis suffectus intelligi, nisi pro ea parte ex qua ille scriptus fuerat heres; hinc sequitur quod, si quis ex majori parte scribatur heres quam ex qua alter scriptus est, quamvis in eum casum scribatur quo alter heres non erit, tamen pro eo quod plus est, substitutio vulgaris non sit, sed conditionalis primo gradu facta institutio.

Hoc videre est in speciebus sequentibus :

1°. « Si quis primum ex triente, secundum ex triente heredem instituerit; et, *si secundus heres non erit*, tertium ex besse heredem scribat; hic, secundo repudiante, bessem habebit, non solum jure substitutionis sed et institutionis; id est, trientem jure substitutionis, trientem jure institutionis ». *l.* 9. §. 15. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

2°. « Idem etiam Julianus (eodem libro) scripsit : Si primus ex semisse, secundus ex semisse, *si primus heres non erit*, tertius ex dodrante substitutus sit, facti quidem quæstionem (1) esse. Verum recte dicitur, si quidem primus adierit, æquales partes habituros (2); si repudiaverit, quindecim partes futuras : ex quibus novem quidem laturum tertium, ex secundum ». *l.* 15. §. 1. *ff. d. t. de hered. instit.* Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

« Nam tertium et instituti et substituti personam sustinere, et in tres partes institutum videri, in sex substitutum ». *l.* 16. *d. t.* Jul. *lib.* 30. dig.

ARTICULUS II.

De variis substitutionis vulgaris divisionibus.

Innumeras substitutionum divisiones invenerunt interpretes, quas omnes enumerare nostri non est instituti. Eas tantum prose-

(1) Omnes quæstiones circa partes quas inter se scripti heredes habere debent, sunt *facti*; quum id pendeat ex voluntate testatoris.

(2) Primum et secundum scilicet. Tertius autem nihil habebit, quum conditio sub qua scriptus est defecerit.

être vulgairement substitués; 4°. des effets de la substitution vulgaire; 5°. de la manière dont elle cesse d'avoir lieu.

ARTICLE I.

De la nature de la substitution vulgaire.

VII. On voit, par la définition de la substitution vulgaire que nous venons de rapporter, qu'il est de sa nature de n'exister que par l'institution d'un héritier quelconque, mis à la place d'un autre héritier institué, qui n'est point parvenu à la succession.

Et comme par la nature des choses, un héritier ne peut pas être censé remplacer un autre héritier, si ce n'est pour la portion pour laquelle celui-ci avait été institué, il suit de là, que si le dernier est institué pour une plus grande portion que le premier, quoiqu'il soit institué pour succéder au premier, cependant la substitution n'a pas lieu pour ce dont la part excède celle de l'autre, et qu'alors il est censé institué au premier degré sous condition, et non vulgairement substitué pour cet excédant.

C'est ce qu'on va voir dans les espèces suivantes.

1°. « Si un testateur a institué un premier héritier pour un tiers, un second pour un autre tiers, et dans le cas où ce second n'hériterait pas, un troisième pour deux tiers, ce dernier aura deux tiers, dans le cas où le second renoncerait à la succession, non-seulement comme substitué, mais encore comme institué; c'est-à-dire, qu'il aura un tiers en vertu de la substitution, et un tiers en vertu de son institution ».

2°. « Julien reproduit aussi le même principe dans le même livre. Si, dit il, un premier héritier a été institué pour moitié; un second pour moitié, si le premier n'héritait pas; et un troisième, substitué pour trois quarts; il en résulte une question de fait (1); mais on peut dire, avec raison, que si le premier accepte la succession, le second et lui la partageront également (2), et que s'il y renonce, il faudra en faire quinze portions, pour en donner neuf au troisième et six au second ».

« Parce que le troisième institué et substitué en prendra trois portions comme substitué, et six comme institué ».

ARTICLE II.

Des différentes divisions de la substitution vulgaire.

Les interprètes ont inventé un nombre infini de divisions de la substitution vulgaire; mais notre projet n'est pas de les rapporter

(1) Toutes les questions relatives aux portions que prennent chacun des héritiers institués sont des questions de fait, puisqu'elles dépendent de la volonté du testateur.

(2) C'est-à-dire, le premier et le second, car le troisième n'a rien puisque la condition sous laquelle il a été institué n'a pas été remplie.

quemur quæ ad exponendos juxta nostram methodum hujusce tituli textus necessariæ visæ sunt.

§. I. *Prima divisio, in* expressas *et* tacitas.

VIII. Quæ sit expressa vulgaris substitutio, facile patet.

Tacitæ autem substitutionis exemplum affert Celsus : « Titius et Seius, *uterve eorum vivet*, heres mihi esto : existimo, si uterque vivat, ambos heredes esse; altero mortuo, eum, qui superserit, ex asse (1) heredem fore ». *l.* 24. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Celsus, *lib.* 16. dig.

« Quia tacita substitutio inesse videatur institutioni ». *l.* 25. *d. tit.* Ulp. *lib.* 6. regul.

« Idque et in legato eodem modo relicto senatus censuit ». *l.* 26. *d. tit.* Celsus, *lib.* 16. dig.

Alterum tacitæ substitutionis exemplum est quod is qui substituto substitutus est, intelligatur tacite et instituto substitutus, si primo gradu substitutus ei non successerit.

Sic intellige quod ait Julianus : « Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei (2) Sempronius; verius puto in utramque (3) partem Sempronium substitutum esse ». *l.* 27. Jul. *lib.* 30. dig.

Hoc evidentius declarat Papinianus. Ita ille : « Coheredi substitutus (4), priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit. Ad substitutum ejus (5), sive ante

(1) Scilicet dimidiam habebit ex sua institutione, alteram dimidiam ex tacita substitutione qua alteri substitutus intelligitur, quæ substitutio colligitur ex his verbis, *uterve eorum vivet*. Citra hanc substitutionem, pars præmortui ex caducariis legibus ærario cessisset tempore Celsi. *Ærario* inquam, demum enim sub Caracalla *fiscus* caduca sibi vindicavit.

(2) Titio.

(3) Tam in partem Titii, quam in partem coheredis Titii. Ex eo enim quod substitutus est substitutio (scilicet Titio qui coheredi suo substitutus est), intelligitur et ipse tacite substitutus instituto, id est, huic coheredi Titii.

(4) Finge : Titius et Gaius heredes instituti sunt, Titius Caio coheredi suo substitutus, Sempronius substitutus Titio. Titius antequam pars Caii ipsi ex substitutione deferretur, mortuus est; Caius etiam antequam adiret, mortuus est. Deferetur utraque pars tam Caii quam Titii Sempronio : nam Sempronius, quum substitutus fuerit substituto Gaii, scilicet Titio, intelligitur tacite quoque substitutus Caio instituto.

(5) Sempronium.

toutes. Nous ne parlerons que de celles que nous avons besoin de rapporter pour expliquer les textes de ce titre, d'après notre méthode.

§. I. *Première division en substitutions expresses et en substitutions tacites.*

VIII. On conçoit aisément ce qu'on entend par la substitution vulgaire expresse.

Mais Celse rapporte un exemple de la substitution vulgaire tacite. « Que Titius et Seius, ou le survivant des deux, soit mon héritier. Je pense qu'une pareille institution, en faisant héritier unique celui des deux qui survivra (1), en fait deux, si ni l'un ni l'autre n'est mort ».

« Parce qu'il y a une substitution renfermée dans leur institution ».

« Et le sénatus-consulte dit qu'il en sera de même de deux legs faits de la même manière ».

Il y a un autre exemple de substitution tacite, dans l'espèce où celui qui est substitué à un substitué, est censé l'être tacitement à l'institué, si celui qui a été substitué au premier degré ne succède pas à l'institué.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Julien que, « si Titius a été substitué à son cohéritier, et ensuite Sempronius à Titius (2), il pense que ce Sempronius est substitué à l'un et à l'autre (3) ».

C'est ce que dit encore plus clairement Papinien : « Celui qui était substitué à un cohéritier (4) est mort avant qu'il eût accepté la succession, ou que la condition mise à sa substitution fût remplie; l'une et l'autre portion appartiendra à son substitué (5), soit qu'il

(1) C'est-à-dire, aura la moitié en vertu de son institution, et l'autre moitié en vertu de la substitution tacite par laquelle il est substitué à l'autre, et qui s'induit de ces expressions *ou le survivant des deux*; sans cette substitution la portion de celui qui était mort le premier appartenait au trésor public, en vertu du droit caducaire, du tems de Celse; je dis au trésor public, car ce fut seulement du tems de l'empereur Caracalla que le fisc s'empara des choses caduques.

(2) A Titius.

(3) C'est-à-dire, à la portion de Titius auquel il est substitué, et à celle du même Titius son cohéritier; car étant substitué au substitué, c'est-à-dire, à Titius, qui était substitué à son cohéritier, il est censé substitué tacitement à l'institué, c'est-à-dire, à ce cohéritier de Titius.

(4) Supposons que Titius et Gaius ont été institués héritiers, que Titius a été substitué à son cohéritier Caius, et que Sempronius a été substitué à Titius; Titius est mort avant que la part de Caius lui eût été déférée en vertu de sa substitution, et Caius est aussi mort avant d'accepter la succession. La part de Caius et celle de Titius seront déférées à Sempronius, parce que Sempronius ayant été substitué au substitué de Caius, c'est-à-dire, à Titius, il est censé être aussi tacitement substitué à l'institué Caius.

(5) Sempronius.

substitutionem (1), sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit. Nec intererit prior (2) substitutus post institutum, an ante decedat ». *l.* 41. Papin. *lib.* 5. resp.

Inde conflatur hæc regula : *Substitutus* substituto, tacite censetur substitutus instituto.

Et hoc quidem maxime attinebat quærere jure Pandectarum, quo vigebant leges caducariæ. Nam nisi alter alteri substitutus fuisset, pars deficiens, ut caduca, aut in causa caduci, a fisco fuisset vindicata. At substitutio jus caducorum excludit. Vide circa hoc jus caducorum, infra ad *lib.* 30, 31, 32. *tit. de legatis*, *part. quinta.*

Hodie hæc regula ad id tantum prodest ut jus accrescendi excludat. Vid. infra art. 4°.

§. II. *Secunda vulgarium substitutionum divisio, in* nominatim factas, reciprocas, *et* breviloquas.

IX. Substitutiones vulgares, quædam « nominatim fiunt, scilicet quum heredibus scriptis aliæ personæ nominatim substituuntur.

Earum autem quæ non nominatim fiunt, alias doctoribus vocari placuit *reciproquas ;* quibus nimirum heredes scripti sibi invicem substituuntur generaliter his verbis : *eosque invicem substituo.* Quod si generaliter adhuc concipiantur, ita ut alicui ex heredibus generaliter *quisquis heres erit* substituatur, tunc substitutio *breviloqua* appellatur.

Circa substitutiones autem reciproquas et breviloquas, quæritur qui ad has vocati intelligi debeant. Quocirca hæ regulæ tenendæ sunt.

Prima regula. — Ad substitionem *sive reciprocam, sive breviloquam vocati intelliguntur qui defuncto ipsi heredes extiterunt.*

X. Corollarium : ergo non heredis heres. Hinc « qui plures heredes instituit, ita scripsit : *eosque omnes invicem substituo.* Post aditam a quibusdam ex his hereditatem, uno eorum (3) defuncto, si conditio substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit (4) ; quoniam invicem

(1) Sive Sempronius substitutus fuerit Titio antequam Titius ipse fuisset substitutus Caio, sive postea.

(2) Titius decedat post Caium, an ante.

(3) *Eorum* qui adierunt.

(4) Species legis est : quatuor heredes instituti sunt, et invicem substi-

fût substitué avant qu'il le fût lui-même (1) ou après; et il sera égal que le premier (2) institué ait été substitué avant ou après l'institution de l'héritier institué ».

De là cette règle, celui qui est substitué au substitué est censé tacitement substitué à l'institué.

Et il était surtout essentiel de résoudre cette question sous le droit des Pandectes, à cause des lois sur le droit caducaire alors en vigueur, parce qu'à moins que l'un ne fût substitué à l'autre, la part de celui qui n'héritait point, aurait été revendiquée par le fisc comme caduque; mais la substitution exclut le droit caducaire, relativement auquel il faut voir ci-après les titres *des legs, liv.* 30 *et suivans, part.* 5.

Aujourd'hui, cette règle ne sert qu'à exclure le droit d'accroissement. Voy. ci-après, art. 4.

§. II. *Seconde division des substitutions vulgaires en substitutions nommément faites, en substitutions réciproques, et en substitutions brièvement énoncées*

IX. Les substitutions vulgaires sont faites, les unes, nommément, comme lorsqu'on substitue nommément certaine personne aux héritiers institués.

Mais les docteurs ont décidé que quelques-unes de ces substitutions nommément faites, seraient appelées réciproques, telle que celle des héritiers les uns aux autres, faites en ces termes, *et je les institue réciproquement.* Mais si le testateur s'est exprimé d'une manière plus générale, de sorte qu'il ait substitué quelqu'un à quelqu'un des héritiers, quels qu'ils fussent, alors on appelle cette substitution une substitution brièvement énoncée.

Mais on demande quels sont ceux qui sont censés être appelés à ces substitutions réciproques ou brièvement énoncées; et à cet égard, il faut observer les règles suivantes.

Premire règle. — *Ceux qui ont hérité du défunt lui-même sont censés appelés à la substitution soit réciproque, soit brièvement énoncée.*

X. *Corollaire;* les héritiers de l'héritier n'y sont donc pas appelés. C'est pourquoi, « un testateur avait institué plusieurs héritiers en disant; je les substitue tous les uns aux autres. Quelques-uns d'entr'eux ayant accepté la succession, et un d'eux étant mort (3), si la condition de la substitution a été remplie, et qu'un autre des héritiers ait renoncé à la succession, sa portion appartiendra tout entière à ceux qui auront survécu (4), parce qu'ils

(1) Soit que Sempronius ait été substitué à Titius avant que Titius fût lui-même substitué à Caius ou depuis.

(2) Que Titius meure avant Caius ou après.

(3) Un de ceux qui avait accepté la succession.

(4) Voici l'espèce de cette loi: quatre héritiers avaient été institués et ré-

in omnem causam (1) singuli substituti videbuntur. Ubi enim quis heredes instituit, et ita scribit, *eosque invicem substituo*, hi substituti videbuntur, qui heredes extiterunt (2) ». *l.* 23. Papin. *lib.* 6. *resp.*

Similiter « Paulus respondit : si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, ejus portionem qui, quibusdam defunctis, postea portionem suam repudiavit, ad eum solum, qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere ». *l.* 45. §. 1. Paul. *lib.* 12. *resp.*

Secunda regula. — In generali *heredum reciproca substitutione, non continentur illi ex heredibus, quos specialiter testator invicem substituit.*

Hoc videre est in sequenti specie : « Qui patrem et filium pro parte heredes instituerat, et invicem substituerat, reliquis coheredibus datis, post completam assem ita scripsit : *hos omnes invicem substituo.* Voluntatis fit quæstio : commemoratione *omnium*, patrem et filium substitioni coheredum miscuisset, an eam scripturam ad cæteros omnes transtulisset? Quod magis verisimile videtur, propter specialem inter patrem et filium substitutionem ». *l.* 41. §. 5. Pap. *lib.* 6. *resp.*

Tertia regula. — In substitutione *reciproca, si ex pluribus heredibus alii conjunctim instituti sunt heredes, alii disjunctim, præferuntur in substitutione qui conjunctim cum deficiente scripti sunt, iis qui disjunctim scripti sunt.*

Hoc adhuc docet Papinianus : « Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit, *quos heredes meos invicem substituo*; conjunctos primo loco vice mutua substituere videtur : quibus institutionum partes non agnoscentibus, cæteros omnes coheredes admitti ». *d. l.* 41. §. 4.

---

tuti. Primus, secundus, et tertius adierunt : et tertius post aditam hereditatem decessit ; deinde quartus repudiavit. Respondet Papinianus partem repudiantis, solis primo et secundo, non etiam heredi tertii ex substitutione competere.

(1) Id est, in omnem portionem repudiantis, sine ulla diminutione et sine ullo concursu alterius qui ipse directo heres testatori non extiterit.

(2) Ex his autem supersunt duntaxat primus et secundus. Tertius qui decessit, priusquam ex substitutione, qua quarto substitutus est, jus ipsi quæreretur, imo priusquam deferretur, nihil potuit ad heredes suos ex substitutione transmittere. Hereditas enim non transfertur nisi quæsita : sola spes hereditatis non transmittitur.

seront tous censés réciproquement substitués à toute portion de la succession qui serait abandonnée (1), et que lorsqu'un testateur a institué des héritiers en disant qu'il les substituait réciproquement; ceux qui seront réellement ses héritiers doivent nécessairement être censés substitués (2) ».

« Paul a répondu également que si tous les héritiers institués avaient été réciproquement substitués les uns aux autres, la portion de celui qui aurait renoncé à la succession, après la mort de quelques-uns des autres, appartenait à celui qui leur aurait survécu, en vertu de cette substitution ».

Seconde règle. — *Ceux des héritiers que le testateur a spécialement substitués les uns aux autres, ne sont pas compris dans la substitution générale réciproque.*

C'est ce qu'on va voir dans l'espèce qui suit : « Un testateur qui avait institué héritiers pour une partie de sa succession son père et son fils, et les avait substitués réciproquement à d'autres cohéritiers, avait dit, après avoir distribué la totalité de ses biens, qu'il les substituait tous les uns aux autres; il s'éleva une question sur son intention, celle de savoir si cette dernière clause comprenait son père et son fils, ou si elle ne regardait que les autres. Ce qui, en effet, paraissait le plus vraisemblable à cause de la substitution spéciale entre le père et le fils ».

Troisième règle. — *Dans la substitution réciproque, si de plusieurs héritiers, les uns sont conjointement et les autres disjointement institués, ceux qui sont institués conjointement avec celui qui ne prend point de part à la succession sont préférés à ceux qui sont institués disjointement.*

C'est encore ce que nous apprend Papinien : « le testateur qui a donné séparément des portions aussi séparées à des héritiers conjoints, et a terminé son institution en disant qu'il substituait ses héritiers les uns aux autres, est censé avoir substitué réciproquement les premiers institués, et leur avoir substitué les autres dans le cas où ils renonceraient à leurs portions ».

---

ciproquement substitués; le premier, le second et le troisième acceptèrent la succession; le troisième mourut après cette adition d'hérédité, et ensuite le quatrième renonça à sa portion. Papinien répondit que la portion de ce dernier appartenait au premier et au second seuls, et qu'elle n'appartenait pas à l'héritier du troisième en vertu de sa substitution.

(1) C'est-à-dire, a toute la portion du renonçant sans aucune réduction ni partage avec l'autre qui n'avait pas hérité directement du testateur.

(2) Mais il n'en reste que le premier et le second; le troisième qui est mort avant que le quatrième, auquel il était substitué, lui eût transmis son droit, et même avant que la succession fût déférée, n'a pas pu transmettre lui-même ce droit à ses héritiers, parce qu'une succesion ne peut se transmettre que lorsqu'elle est échue, et que jusqu'alors on n'en peut transmettre que l'espérance.

XI. Vidimus qui ad substitutiones reciprocas et breviloquas admittantur. Pro quibus autem portionibus?

Circa hanc quæstionem ita rescribit M. Ælius Antoninus : « Quum heredes ex disparibus partibus instituti, et invicem substituti sunt, nec in substitutione facta est ullarum partium mentio, verum est non alias partes testatorem substitutioni tacite inseruisse, quam quæ manifeste in institutione expressæ sunt ». *l.* 1. *cod.* 6. 26. *de impub. et aliis substit.*

Consonat Ulpianus : « Si plures sint instituti ex diversis partibus, et omnes invicem substituti, plerumque credendum est ex iisdem partibus substitutos ex quibus instituti sunt. Ut si forte unus ex uncia, secundus ex octo, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio, in novem partes dividatur quadrans ; feratque octo partes qui ex besse institutus fuerat ; unam partem qui ex uncia scriptus est. Nisi forte alia mens fuerit testatoris ; quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum ». *l.* 24. Ulpian. *lib.* 4. *disput.*

Accuratius adhuc Gaius : « Si in testamento heredes scripti ita alicui substituti fuerint, ut, si is heres non esset, *quisquis sibi heres esset*, is in parte quoque deficientis esset heres ; pro qua parte quisque heres extitisset ; pro ea parte eum in portionem quoque deficientis vocari placet : neque interesse jure institutionis quisque ex majori parte heres factus esset, an vero per legem alteram (1) alicujus partem vindicasset ». *l.* 5. Gaius, *lib.* 3. *ad leg.* Jul. et Pap.

Similiter Papinianus : « Ex his verbis *eosque invicem substituo*, non adeuntis portio scriptis heredibus pro modo sibi vel alii (2) quæsitæ portionis defertur ». *l.* 41. §. 1. Papin. *lib.* 6. *resp.*

XII. Quid autem si in hac substitutione extraneus heredibus mixtus sit?

De hoc casu ita Julianus : « Qui, quum plures heredes ex disparibus partibus instituerat, et in his Attium : si Attius non adierit, cæteros ex iisdem partibus, quibus instituerat, heredes ei substituerat ; deinde, si Attius non adiisset, Titium coheredem eis qui substituti sunt, adjecit. Quæsitum est quam partem is, et quam cæteri habituri essent? Respondi : Titium virilem, cæteros hereditarias : veluti, si tres fuissent, Titium partem quartam At-

(1) *Per legem* accrescendi, partem ejus quocum conjunctus erat, habuisset.

(2) *Pro modo portionis* quam aut sibi, aut ei in cujus potestate est, quæsivit.

XI. Nous avons vu quels étaient ceux qui étaient admis aux substitutions réciproques et aux substitutions brièvement énoncées; mais pour quelles portions y sont-ils admis?

Voici ce que statue sur cette question un rescrit d'Ælius Antoninus : « Lorsqu'il y a des héritiers institués pour des portions inégales et réciproquement substitués, sans qu'il soit fait mention d'aucune portion dans la substitution, il est certain que le testateur n'a pas voulu insérer tacitement dans la substitution, d'autres portions que celles qui étaient manifestement énoncées dans l'institution ».

A quoi est conforme ce que dit Ulpien : « S'il a plusieurs héritiers institués pour des portions différentes, et tous réciproquement substitués les uns aux autres, il faut ordinairement juger qu'ils sont substitués pour les mêmes portions qu'ils étaient institués; comme, par exemple, si l'un était institué pour un douzième, un autre pour huit douzièmes, et un troisième pour trois, celui-ci renonçant à sa portion, elle se divise en neuf parties, et celui qui était institué pour les deux tiers en prend huit comme celui qui était institué pour un douzième en prend une, à moins que le testateur n'eût eu une intention contraire, ce qui est difficile à croire lorsqu'il ne l'a pas exprimée ».

Gaius reproduit le même principe, et plus clairement encore. « Si des héritiers institués par le testament sont substitués à l'un d'entr'eux de manière que s'il n'est pas héritier, celui qui le sera, héritera aussi de la portion abandonnée, en proportion de la part qu'il aurait eue sans cela, sans avoir égard à ce qu'il aurait été institué pour une plus grande portion, ou à ce qu'en vertu d'une autre loi (1), il aurait pu revendiquer la part d'un autre ».

Papinien dit également, « en conséquence de ces expressions, je les substitue réciproquement les uns aux autres. La portion de celui qui a accepté la succession est déférée aux héritiers institués, telle qu'il l'aurait acquise pour lui ou pour celui sous la puissance duquel il était (2) ».

XII. Mais que faut-il dire dans le cas où il se trouve un étranger dans cette substitution?

Voici ce que dit Julien sur ce cas : « Un testateur qui avait institué plusieurs héritiers pour des portions inégales, et au nombre desquels était Attius, avait substitué les autres pour des portions égales à celles pour lesquelles ils étaient institués; si Attius n'acceptait pas la sienne, et avait ensuite institué Titius leur cohéritier, dans le même cas où Attius renoncerait à sa portion. On demandait quelle part Titius et les autres devaient avoir. J'ai ré-

(1) Par la loi de l'accroissement il aurait eu la part de celui avec qui il était conjoint.

(2) En raison de la portion acquise soit à lui-même ou à celui sous la puissance duquel il est.

tianæ partis habiturum, reliquarum partium hereditarias partes, ex quibus instituti erant, reliquos habituros esse. Quod si non solum Titium, sed etiam alios adjecisset heredes, hos quidem viriles partes habituros: veluti si tres (puta) coheredes fuissent substituti, extranei duo adjecti (1), hos quintas partes Attianæ partis, reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros esse dixit ». *l.* 32. Jul. *lib.* 1. *ad Urseium Ferocem.*

§. III. *Tertia et quarta divisio.*

XIII. Tertia substitutionum vulgarium divisio est in *graduales* et *simplices*.

Simplex dicitur substititutio quum unus tantum substitutionis gradus factus est (2) : *gradualis*, quum plures.

Enimvero « potest quis in testamento plures gradus heredum facere; puta, *si ille heres non erit, ille heres esto*, et deinceps plures; ut novissimo loco in subsidium, vel servum necessarium heredem instituat ». *l.* 36. Marc. *lib.* 4. *instit.*

XIV. Quarta etiam in vulgaribus substitutionibns varietas notari potest. Nimirum « et vel plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singulis singuli, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt ». *d. l.* 36. §. 1.

ARTICULUS III.

Qui substitui vulgariter possint?

XV. Substitui vulgariter possunt omnes quos supra (*tit. præced. de heredib. instituend.*), vidimus institui posse.

Quinetiam ipse qui institutus est, sibimet ipse substitui potest,

(1) Finge : Attius fuit institutus ex dextante, Seius ex uncia, Titius et Caius singuli ex semuncia, Attio substituti sunt coheredes ejus, et duo extranei. In dextante Attii, extranei singuli quintas partes, id est, singuli duas uncias ferent : sex relinquæ unciæ inter coheredes ita dividentur, ut Seius, qui ex uncia institutus est, solus tres uncias ferat; Titius et Caius qui ex semuncia instituti sunt, singuli sescunciam habeant (*une once et demie.*)

(2) Alio sensu vidimus supra (*n.* 5.) substitutionem dici *simplicem* quæ unam duntaxat substitutionis speciem continet : V. G. vulgarem *duplex* autem dicitur, quæ duas simul species complectitur, pupillarem V. G. cum vulgari. Hic autem *simplex*, non duplici, sed *graduali* opponitur.

pondu que Titius devait avoir une portion virile, et les autres leurs portions héréditaires, c'est-à-dire, que Titius, si les autres étaient au nombre de trois, devait avoir le quart de la portion d'Attius, et les autres leurs parts héréditaires en vertu de leur institution dans les trois quarts restans; mais que, s'il avait institué plusieurs autres héritiers avec Titius, ils auraient comme lui des portions viriles, c'est-à-dire, par exemple, que s'ils étaient trois, les deux étrangers ajoutés à Titius (1) devaient avoir chacun un cinquième de la portion d'Attius, et les autres cohéritiers chacun sa portion héréditaire ».

§. III. *Troisième et quatrième division.*

XIII. La troisième division des substitutions vulgaires est en substitutions graduelles et en substitutions simples.

On dit que la substitution est simple quand tous les substitués sont au même degré (2), et graduelle quand il y en a de plusieurs degrés.

En effet, « un testateur peut établir par son testament des héritiers de plusieurs degrés, par exemple, en disant si tel n'est pas héritier que ce soit tel, et ainsi de suite jusques à un esclave héritier nécessaire ».

XIV. On peut aussi observer une quatrième variété dans les substitutions vulgaires; car, « plusieurs héritiers peuvent être substitués à un seul, un seul à plusieurs, chacun des uns à chacun des autres, ou les héritiers institués réciproquement les uns aux autres ».

ARTICLE III.

Quels sont ceux qui peuvent être vulgairement substitués.

XV. Tous ceux que nous avons vus au titre *de l'institution d'héritier* qui pouvaient être institués, peuvent être vulgairement institués.

Et même celui qui a été institué peut être substitué à lui-même si la condition de la substitution est plus avantageuse que celle de

(1) On suppose Attius institué pour dix douzièmes, Seius pour un, Titius et Caius chacun pour un vingt-quatrième, et que les cohéritiers d'Attius lui sont substitués avec deux étrangers. Dans cette hypothèse les deux étrangers auront chacun cinq portions, c'est-à-dire, chacun deux douzièmes; les deux autres seront partagées entre les cohéritiers d'Attius, de manière que Seius qui était institué pour un douzième en aura trois, et que Titius et Caius qui étaient institués chacun pour un vingt-quatrième, auront un douzième et demi.

(2) Nous avons vu ci-dessus, *n.* 5, que la substitution simple était dans un autre sens celle qui ne contenait qu'une espèce de substitution, c'est-à-dire, la substitution vulgaire, par exemple; et la substitution double ce qui en contenait deux, c'est-à-dire, la substitution vulgaire et la substitution pupillaire; au lieu qu'ici la substitution simple n'est pas opposée à substitution double, mais à la substitution graduelle.

si melior sit causa substitutionis quam institutionis, puta minus gravetur.

Cæterum, « nemo institutus et sibi substitutus sine causæ mutatione quicquam proficit : sed hoc in uno gradu (1); cæterum, si duo sint gradus, potest dici valere substitutionem, ut Julianus (libro 30 digestorum), putat : si quidem sic sit substitutus sibi (quum haberet coheredem Titium) : *si Stichus* (2) *heres non erit, liber et heres esto*, non valere substitutionem (3); quod si ita : *si Titius* (4) *heres non erit, tunc Stichus liber et heres et in ejus partem esto*, duos gradus esse, atque ideo, repudiante Titio, Stichum liberum et heredem fore » *l.* 10. §. *fin.* Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Hæc eadem species etiam a Scævola refertur : « Titius heres » esto : Stichum Mævio do, lego. Stichus heres esto : si Sti- » chus heres non erit, Stichus liber heresque esto ». In hac quæstione imprimis quærendum est utrum unus gradus sit, an duo; et an causa mutata sit substitutionis, an eadem permaneat? Et quidem in plerisque quæritur, an ipse sibi substitui possit? Et respondetur, causa institutionis mutata, substitui posse. Igitur si Titius heres scriptus sit, et, si heres non sit, idem heres (esse) jussus sit, substitutio nullius momenti erit. Sed si sub conditione quis heres scriptus sit, pure autem substitutus est, causa immutatur; quoniam potest ex institutione defici conditio, et substitu-

(1) Id est, ita demum nihil proficit si substitutio ejus qui sibimetipse substituitur, unum gradum duntaxat facit; quum scilicet ex substitutione sine causæ mutatione facta, sibimetipsi duntaxat et in partem quæ ex institutione ipsi defertur, substituitur. Duos autem gradus habet, quum is qui sibimet ipse substituitur, coheredi quem habet, effectu substitutus invenitur ut liquet ex exemplis sequentibus.

(2) Species hic manca refertur. Sic pone illam ex lege sequenti, ubi fusius refertur : *Titius heres esto, Stichum Mævio lego. Stichus heres esto : si Stichus heres non erit, Stichus liber et heres esto.* Si adeat Titius, sed, prævalente libertate quæ Stichó relicta est, non possit valere legatum Stichi Mævio relictum, adeoque hereditas per Stichum legatario quæri non possit : Stichus quidem liber erit et heres ; sed quasi ex institutione, non ex substitutione quæ nulla est, quum unus tantum gradus institutionis in hac specie inveniatur.

(3) Id est (ut diximus), Stichum non fore heredem quasi ex substitutione, sed quasi ex institutione.

(4) Non quod ita scriptum sit, sed quod id quod scriptum est, ad hoc idem recidat. Enimvero, retineatur eadem species quæ supra in nota (2), et finge Titium repudiasse hereditatem, et sic defecisse legatum Stichi Mævio relictum, hereditatemque non potuisse consequenter per Stichum Mævio quæri. Stichus liber et heres esse jussus, hoc casu erit heres ex substitutione; substitutioque valebit, duos enim gradus habet. Perinde est enim ac si dixisset testator : *si Titius heres non erit, Stichus et in Titii parte heres esto.*

l'institution, comme, par exemple, si elle est grévée de moins de charges.

Mais, « un héritier institué et substitué à lui-même ne peut pas profiter de cette substitution à moins qu'elle ne diffère de son institution, et que l'une et l'autre ne constituent deux degrés (1); car si elles en constituent deux, on peut dire que la substitution a son effet, comme le pense Julien, *liv.* 30. *dig.*; si l'héritier substitué à lui-même avait pour cohéritier Stichus, et que le testateur ait dit si Stichus (2) n'est pas mon héritier, qu'il soit libre et mon héritier, la substitution est nulle (3); mais s'il a dit, si Titius (4) n'est pas mon héritier, alors Stichus, libre et héritier, sera substitué à sa portion, alors il y a deux degrés, et si Titius renonce à sa portion, Stichus libre et héritier aura cette portion ».

Cette espèce est aussi rapportée par Scævola : « Si, dit-il, le testateur s'est ainsi exprimée, « que Titius soit mon héritier; je » lègue Stichus à Mævius, que Stichus soit mon héritier. Si Sti- » chus n'est pas mon héritier, que Stichus soit libre et mon héri- » tier ». Sur cette question il faut examiner surtout s'il y a un degré ou deux, et ensuite si la cause de la substitution a pu n'a pas été changée. Dans plusieurs cas on examine si quelqu'un peut être substitué à lui-même, et on décide qu'il le peut si la cause de l'institution n'est pas la même que celle de la substitution; d'où suit que si Titius a été institué héritier, et ensuite institué héritier s'il ne l'était pas, la substitution est nulle et de nul effet. Mais si quel-

(1) C'est-à-dire, ne profitent point si la substitution de celui qui est substitué à lui-même ne forme qu'un degré; comme par exemple si, par la substitution faite pour la même cause, il ne se trouve substitué qu'à lui-même et à la portion pour laquelle il était institué; mais la substitution forme deux degrés lorsque celui qui est substitué à lui-même se trouve par le fait être aussi substitué à son cohéritier, comme on le verra dans les exemples suivans.

(2) L'espèce rapportée ici a été tronquée. Il faut supposer celle de la loi suivante où elle est rapportée plus au long; il y est dit : que Titius soit mon héritier, je lègue l'esclave Stichus à Mævius; que Stichus soit mon héritier; si Stichus n'est pas mon héritier, que Stichus soit libre et mon héritier si Titius accepte la succession; mais que la liberté laissée à Stichus devant prévaloir, le legs de Stichus fait à Mævius soit nul, et que par conséquent le légataire ne puisse pas acquérir la succession par Stichus. Stichus sera à la vérité libre et héritier, mais comme institué et non en vertu de sa substitution qui est nulle, parce que cette espèce ne présente qu'un degré d'institution.

(3) C'est-à-dire, comme nous l'avons dit, que Stichus ne sera point héritier en vertu de sa substitution, mais en vertu de son institution.

(4) Non pas que cela ait été ainsi écrit, mais parce que ce qui a été écrit signifie la même chose. En effet, si l'on s'en tient à l'espèce rapportée ci-dessus note (2), et qu'on suppose que Titius ayant renoncé à la succession, a rendu nul le legs de Stichus fait à Mævius. Stichus devenu libre et héritier sera héritier dans ce cas en vertu de sa substitution, qui aura son effet parce qu'elle contient deux degrés; et que c'est comme si le testateur avait dit : si Titius n'est pas mon héritier, que Stichus le soit aussi pour la portion de Titius.

tio aliquid afferre : sed si extiterit conditio, duæ puræ sunt, et ideo nullius momenti erit substitutio. Contra, si pure quis instituatur, deinde sub conditione sibi substituatur, nihil facit substitutio conditionalis; nec mutata intelligetur, quippe quum (etsi extiterit conditio) duæ puræ sunt institutiones. Secundum hæc, proposita quæstio manifestatur : « Titius heres esto, Stichum » Mævio do, lego : Stichus heres esto : si Stichus heres non erit, » Stichus liber heresque esto ». Nos didicimus, quoniam eodem testamento et legatus sit Stichus, et libertatem accepit, prævalere libertatem, et, si prævalet libertas, non deberi legatum, et ideo jussu legatarii non posse adire hereditatem; ac per hoc verum esse Stichum heredem non esse; et ex sequentibus verbis libertatem illi competere (1), quum unus gradus videtur. Quid ergo si non adierit Titius? Incipiet substitutione Stichus liber et heres esse (2). Porro quandiu non adit jussu legatarii, nec ex causa legati intelligitur legatarii esse effectus; et ideo certum est illum heredem non esse. Ac per hoc ex his verbis, *si heres non erit, Stichus liber heresque esto*, liber et heres existet. Hoc autem quod sentimus, Julianus quoque in libris suis probat ». *l. fin* §. 1. Scævol. *lib. sing. quæst. publice tract.*

ARTICULUS IV.

De effectu substitutionis vulgaris.

XVI. Quacumque ratione is, cui quis substitutus est, non extiterit heres, in ejus locum substitutus admittitur : puta si primo gradu institutus, aut præmortuus ante testatorem fuerit, aut dum deliberaret, vel repudiaverit.

Hinc substitutus et caduca et jus accrescendi excludit.

Hoc de jure accrescendi docet Ulpianus : « Si duo sint heredes instituti, primus et secundus, secundo tertius substitutus;

(1) Adde, et hereditatem; sed non quasi ex substitutione; substitutionemque nullam esse, quum unus sit gradus.

(2) Hoc enim casu, substitutio utilis est et duo gradus esse videntur. Vid. Notas ad *l. præced.*

qu'un a été institué héritier sous condition, et substitué purement et simplement à lui-même, alors la cause de la substitution n'est pas celle de l'institution, parce que la condition de l'institution peut n'être pas remplie; sans empêcher la substitution d'avoir son effet; et si la condition de l'institution est remplie, elle deviendra pure et simple comme la substitution, et par conséquent la substitution deviendra sans effet. Si, au contraire, un individu est institué purement et simplement, et ensuite substitué à lui-même sous condition, cette substitution conditionnelle deviendra nulle, et la cause n'en aura pas été changée puisque la condition étant remplie, il y a deux institutions pures et simples. D'après cet exposé la question est claire « que Titius soit mon héritier; je lègue » Stichus à Mævius, que Stichus soit mon héritier. Si Stichus » n'est pas mon héritier, que Stichus soit libre et mon héritier ». On nous a appris que si Stichus avait été légué et avait reçu la liberté par le même testament, il devait avoir la liberté; et s'il doit avoir la liberté, le legs ne sera plus dû, et par conséquent Stichus ne pourra pas accepter la succession par ordre du légataire, d'où suit encore que Stichus ne sera point héritier, et qu'il doit avoir la liberté (1) en vertu des termes qui suivent puisqu'il n'y a qu'un degré. Qu'arrivera-t-il donc si Titius n'accepte pas la succession? Stichus deviendra libre et héritier en vertu de sa substitution (2). Ainsi, tant qu'il n'accepte pas la succession par l'ordre du légataire, ni en vertu des legs, son acceptation ne se rapporte pas à ce légataire, et par conséquent il est certain qu'il n'est point héritier, d'où suit que, en vertu de ces expressions, s'il n'est point héritier, que Stichus soit libre et mon héritier, Stichus doit être l'un et l'autre. Ce que nous pensons ici, Julien l'a aussi pensé et écrit ».

ARTICLE IV.

De l'effet de la substitution vulgaire.

XVI. Quelle que soit la raison pour laquelle celui à qui un autre a été substitué, n'a point été héritier, son substitué prend sa place; comme, par exemple, si celui qui était institué au premier degré est mort avant le testateur, ou pendant qu'il délibérait, ou qu'il ait renoncé à la succession.

C'est pourquoi le substitué exclut le droit caducaire et le droit d'accroissement.

Voici ce qu'enseigne Ulpien, par rapport au droit d'accroissement : « S'il y a deux héritiers institués, l'un, comme premier, l'autre comme second, et qu'un troisième soit substitué au second;

(1) Ajoutez : et la succession, mais non en vertu de la substitution, et que cette substitution est nulle parce qu'il n'y a qu'un degré.

(2) Parce que dans ce cas il y a deux degrés qui valident la substitution. Voy. les notes sur la loi précédente.

omittente secundo bonorum possessionem, tertius succedit (1). Quod si tertius noluerit hereditatem adire, vel bonorum possessionem accipere, recidit bonorum possessio ad primum ». *l.* 2. §. 8. *ff.* 37. 11. *de bon. possess. sec. tab.* Ulp. *lib.* 41. *ad ed.*

Jus substitutionis prævalere juri accrescendi colligitur, etiam ex eo quod definit Scævola in quæstione sequenti :

« Servum communem habemus ; hic heres scriptus est ; et *si heres non sit*, Mævius illi substitutus est : alterius jussu, dominorum adiit hereditatem, alterius non. Quæritur an substituto locus sit, an non? Et verius est substituto locum esse ». *sup. d. l. fin.*

XVII. Quod tamen dicimus, substitutum coheredibus præferri, ita obtinet, nisi aliunde appareat aliam fuisse defuncti voluntatem, ut in specie sequenti :

« Quidam testamento Proculum ex parte quarta, et Quietum ex parte dimidia et quarta heredem instituit ; deinde Quieto Florum, Proculo Sosiam heredes substituit : deinde si neque Florus neque Sosia heredes essent, tertio gradu ex parte dimidia et quarta coloniam Leptitanorum (2), et ex quarta complures heredes substituit in plures quam tres uncias (3). Quietus hereditatem adiit : Proculus et Sosia vivo testatore decesserunt. Quæritur, quadrans Proculo datus ad Quietum, an ad substitutos tertio gradu pertineat? Respondi : eam videri voluntatem patrisfamilias fuisse, ut tertio gradu scriptos heredes ita demum substituerit, si tota hereditas vacasset ; idque apparere evidenter ex eo quod plures quam duodecim (4) uncias inter eos distribuisset ; et idcirco partem quartam hereditatis de qua quæritur, ad Quietum pertinere ». *l.* 30. Julian. *lib.* 78. *dig.*

---

(1) Et sic, jus substituti prævalet juri accrescendi, quod competeret primo.

(2) Atqui supra vidimus (*lib.* 28. *tit.* 5. *de hered. instit. n.* 4.) tempore Juliani, et diu postea non potuisse heredes institui universitates? Solve : Julianus non ait hanc institutionem valere, sed refert factum. Porro fieri potest ut testator in jure errans hanc coloniam scripserit heredem, vel forte testator erat libertus hujus coloniæ ; poterant autem jam tunc scribi heredes a suis libertis, ut vidimus sup. d. loco.

(3) Ex quibus constat quadrans.

(4) Legendum suspicor, *quam tres*. Vis argumenti hæc est : si quadranti ex quo Proculus scriptus est, statim atque hic quadrans, vel solus vacaret, substitui eos voluisset testator ; tres uncias duntaxat, ex quibus constat quadrans, inter eos divisisset. Atqui plures inter eos divisit ; novam totius hereditatis suæ divisionem fecit. Ergo voluit eos substitui, non quum solus ille quadrans vacaret, sed ita demum si tota hereditas vacaret : ergo eis voluit coheredem præferri.

ce second n'acceptant pas la possession des biens, le troisième lui succède (1); mais si le troisième n'accepte pas la succession ou la possession des biens, cette possession des biens retourne au premier ».

On conclut que la possession des biens prévaut au droit d'accroissement, d'après cette décision de Scævola sur la question suivante.

« Nous avons un esclave commun; cet esclave a été institué héritier. Mævius, qui lui était substitué, s'il n'héritait pas, a accepté la succession par ordre de l'un de nous, mais sans ordre de l'autre. On demandait s'il y avait lieu à la substitution; le mieux est de dire qu'il y avait lieu ».

XVII. Toutefois ce que nous disons que le substitué est préféré au cohéritier, n'a lieu qu'autant qu'il n'apparaît pas d'ailleurs d'une intention contraire de la part du testateur; comme on va le voir dans l'espèce suivante.

« Un testateur, par son testament, avait institué héritiers, Proculus pour un quart, Quietus pour moitié plus un quart. Il avait ensuite substitué Florus à Quietus, et Sosia à Proculus; il avait ajouté que si Florus ni Sosia n'étaient héritiers, la colonie de Leptis le serait au troisème degré pour la moitié et le quart (2), en substituant pour l'autre quart plusieurs personnes, dont les portions excédaient ce quart (3). Quietus accepta la succession; Proculus et Sosia étaient morts avant le testateur. On demandait si le quart donné à Proculus appartenait à Quietus, ou au substitué du troisième degré. J'ai répondu que l'intention du testateur paraissait avoir été que les institués du troisième degré ne fussent appelés qu'autant que sa succession serait toute vacante, ce qui résultait évidemment de ce qu'il leur avait distribué plus de douze douzièmes (4), et que par conséquent le quart dont il s'agissait devait revenir à Quietus.

---

(1) C'est ainsi que le droit du substitué prévaut sur celui d'accroissement qu'aurait eu le premier.

(2) Or, nous avons vu, au titre *de l'institution d'héritier*, *n.* 4, que du tems de Julien, et long-tems après, que les magistrats ne pouvaient pas être institués héritiers. Réponse : Julien ne dit pas que cette institution était valide; il rapporte le fait: or, il est possible qu'un testateur voulût sur le droit instituer une colonie. Peut-être aussi celui dont il parle était-il l'affranchi de cette colonie; or, dès ce tems-là les colonies pouvaient être instituées par leurs affranchis, comme on l'a vu au même endroit.

(3) Dont le quart fait partie.

(4) Je soupçonne qu'il faut lire *quam tres*. Voici ce que prouve ce raisonnement. Si le testateur eût voulu les substituer au quart pour lequel Proculus était institué, dès que ce quart, même seul, serait vacant, il ne leur aurait partagé que trois douzièmes dont se composait ce quart; or, il leur a assigné davantage et a fait une nouvelle division de sa succession. Il a donc voulu qu'ils fussent substitués, non pas dès que ce quart vaquerait même seul, mais quand la succession vaquerait tout entière; d'où suit qu'il a voulu que son héritier leur fût préféré.

XVIII. Vidimus substitutum coheredibus præferri, nisi contraria appareat defuncti voluntas.

Multo magis substitutus præfertur heredibus ab intestato : quum ideo substituatur, ut causa intestati excludatur. Hinc Alexander : « Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti et ab intestato bonorum possessionis jus habere voluisti, substituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde, si substitutus hereditatem amplexus est, actionibus quæ tibi adversus matrem competebant ipsum convenire, non successionem ab intestato potes vindicare ». *l.* 3. *cod.* 6. 26. *de impuber. et al. substit.*

XIX. Illud observandum est, portionem heredis cui quis substitutus est, ex substitutione deferri cum omni causa, adeoque cum jure accrescendi quod habere potuisset is in cujus locum succedit.

Hinc in specie sequenti : « Quidam quatuor heredes fecerat, et omnibus heredibus præter unum substituerat : unus ille cui non erat quisquam subtitutus, et ex cæteris alter, vivo patrefamilias, decesserat. Partem cui nemo erat substitutus, ad substitutum quoque pertinere (1) Ofilius et Cascellius responderunt : quorum sententia vera est ». *l.* 39. §. 2. Javolen. *lib.* 1. *ex poster.* Labeonis.

Onus etiam legatorum et fideicommissorum quibus gravatus erat is cui substitutum est, ex constitutione Severi ad substitutum transit : ut videb. infra ad titulos *de legatis*, part. 3.

Cæterum, « sub conditione herede instituto, si substituamus, nisi eamdem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligemur ». *l.* 73. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Gaius, *lib.* 13. *ad leg.* Jul. et Pap.

ARTICULUS V.

Quando deficiat vulgaris substitutio ?

XX. « Post aditam hereditatem, directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ expirare solent ». *l.* 5. *cod.* 6. 26. *impub. et aliis substit.*

Et quidem deficit substitutio, quamvis institutus hereditatem non sibi, sed ei in cujus potestate esset acquisierit.

Hinc « si quis filiumfamilias heredem instituerit, et ita scripserit : *si mihi Titius iste filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres esto :* filio adeunte jussu patris, substitutus excluditur ». *l.* 7. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel. omitt. hered.* Paul. *lib.* 1. *ad Sab.*

(1) Jure accrescendi scilicet. Ratio est quia (ut supra vidimus) portio hereditatis deficiens accrescit, non personis, sed cæteris portionibus.

XVIII. Nous venons de voir que le substitué était préféré au cohéritier, à moins qu'il n'apparût d'une intention contraire de la part du défunt.

A plus forte raison, il est préféré aux héritiers *ab intestat*, puisqu'on ne substitue que pour ne pas mourir *ab intestat*. C'est pourquoi Alexandre dit : « Ayant été institué héritier par le testament de votre mère, si vous n'avez pas accepté la succession en vertu de son testament, et avez préféré la possession des biens *ab intestat*, il n'est pas douteux que vous n'ayez fait place à l'héritier substitué. Ainsi, si cet héritier substitué a accepté la succession, vous pouvez intenter contre lui les actions que vous aviez contre votre mère; mais non pas réclamer sa succession *ab intestat* ».

XIX. Il faut observer que la portion de l'héritier, à qui il a été substitué quelqu'un, est déférée à celui-ci avec tout ce qui en dépend, et par conséquent avec le droit d'accroissement qu'aurait pu avoir celui dont il a pris la place.

C'est pourquoi, dans l'espèce suivante, un testateur avait institué quatre héritiers en donnant des substitués à trois d'entr'eux; celui à qui il n'en avait point donné et un des trois autres étaient morts avant lui. Ofilius et Cascellius décidèrent que la portion, qui n'était pas substituée, appartenait aussi au substitué des autres (1), et cette décision était fondée en raison ».

D'après la constitution de Sévère, la charge des legs et des fidéicommis imposée à celui auquel il a été donné un substitué, passe aussi à ce substitué, comme on le verra ci-après dans les titres *des legs*, 3. *part.*

Toutefois, « quand il a été donné un substitué à un héritier institué sous condition, à moins qu'on n'ait rappelé cette condition dans la substitution, elle est censée faite purement et simplement.

ARTICLE V.

Quand la substitution vulgaire cesse d'avoir lieu.

XX. « Les substitutions directes faites à des enfans non impubères ont coutume de cesser à l'adition d'hérédité ».

Et la substitution cesse même, quoique l'institué n'ait pas accepté la succession pour lui-même, mais pour celui sous la puissance duquel il était.

C'est pourquoi « si un fils de famille a institué un héritier en disant, si Titius, fils de famille, que j'institue, n'est pas mon héritier, que ce soit Sempronius; l'héritier institué acceptant la succession en exclut le substitué ».

(1) C'est-à-dire, par droit d'accroissement. La raison en est que, comme on l'a vu ci-dessus, la portion vacante accroît les autres portions, et n'est pas un droit personnel.

Hoc absque dubio est, quum testator institutum sciebat esse alieni juris. Quid si eum falso credebat patremfamilias? De hac re ita Julianus : « Si paterfamilias Titium, quem ingenuum esse credebat, heredem scripserit, eique, si heres non esset, Sempronium (1) substituerit; dein, Titius quia servus fuerat, jussu domini adierit hereditatem ; potest dici Sempronium in partem hereditatis admitti. Nam qui scit aliquem servum esse, et eum heredem scribit, et ita substituit, *si Stichus heres non erit*, *Sempronius heres esto*, intelligitur tale quod dicere : si Stichus, neque ipse heres erit, neque alium fecerit. At qui eum quem liberum putat esse, heredem scripserit hoc sermone, *si heres non erit*, nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi acquisierit vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Quæ adjectio ad eos pertinet qui patresfamilias heredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur (2), in hoc casu, semisses fient, ita ut alter semis inter eum qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum, æquis portionibus dividatur ». *l.* 40. *ff.* 20. 5. *de hered. instit.* Jul. *lib.* 30. *digest.*

« Et hoc Tiberius Cæsar constituit in persona Parthenii, qui tanquam ingenuus heres scriptus adierat hereditatem, quum esset Cæsaris servus. Nam divisa hereditas est inter Tiberium et eum qui Parthenio substitus erat, ut refert Sextus-Pomponius ». *l.* 41. *ff. d. tit.* Pompon. *lib.* 12. *ex variis lection.*

XXI. Adeunte instituto deficiunt non solum gradus eorum qui ipsi substituti sunt, sed et omnes quotquot deinceps facti fuerant gradus

Et hoc generaliter obtinet ubicumque plures heredum gradus sunt. Hinc, V. G. quum in formula aquiliana filius et nepos duos

(1) Goveanus, Duarenus et multi alii hic et in simili textu institutionum legendum censent *Sempronium coheredem*. Et hanc lectionem probare videtur quod in fine textus dicitur, fieri duos semisses; quorum alter inter Sempronium et dominum Titii dividitur. Nam nisi Sempronius fingatur coheres, non alter ex duobus semissibus duntaxat, sed tota hereditas inter ipsum et Titii dominum esset dividenda. Hæc tamen lectio displicet Viglio et Connano. Heineccius autem duas in hac lege species tractari putat : hunc vide, si lubet, ad *instit. n.* 557. At vero Cujacius, qui in hujus legis specie substitutum *Sempronium* vult non esse *coheredem*, infra in fine legis, pro his verbis *alter semis*, legendum ait *as :* factumque hoc contendit errore scribæ qui litteras hujus verbi *as* pro siglis duorum verborum accipiens, incaute scripsit *alter semis*.

(2) Dubium erat in hac specie an substitutioni locus esse deberet necne. Ex una parte videbatur locus non esse, quia revera Titius heres extiterat. Ex altera videbatur locus esse, quia hereditatem nec sibi, nec alteri in cujus jus post testamentum cecidisset, hereditatem quæsivisset : quum tamen hos casus testator qui eum *ingenuum* esse credebat, intelligere duntaxat potuisset. Igitur in hac ambiguitate an instituto an substituto locus foret, lis dividitur inter utrumque.

Il n'y a aucun doute à cet égard, lorsque le testateur savait que son héritier institué était sous la puissance d'autrui; mais que faut-il dire s'il le croyait par erreur père de famille? Julien dit sur cette question : « Si un père de famille a institué son heritier Titius qu'il croyait né libre, en lui substituant Sempronius, s'il n'était pas héritier (1), et que Titius se trouvant être esclave ait accepté la succession par l'ordre de son maître; on peut dire que Sempronius doit en avoir la moitié, car celui qui sait qu'un homme est esclave, et l'institue son héritier en lui substituant quelqu'un en cas qu'il n'hérite pas, est censé dire que si son héritier institué n'hérite pas, il n'en aura point d'autre. Mais celui qui a institué un héritier qu'il croyait libre, en disant s'il n'est pas mon héritier, n'est pas censé dire autre chose sinon que si cet héritier n'acquiert pas la succession pour lui-même, ou s'il n'en nomme pas un autre en changeant la condition, cette addition se rapporte au père de famille institué héritier, qui ensuite ont été réduits en servitude. Ainsi on fera, dans ce cas, deux parts (2) dont une sera partagée entre le maître de l'institué et le substitué, par portions égales ».

« Ainsi l'a décidé l'empereur Tibère par rapport à Parthenius qui, institué héritier comme homme né libre, avait acccepté la succession, et était en effet esclavé de l'empereur; car la succession fut divisée entre Tibère et celui qui avait été substitué à Parthenius, comme le rapporte Sextus Pomponius ».

XXI. L'institué ayant accepté la succession, écarte non-seulement les degrés des substitués, mais encore tous les autres degrés ultérieurs.

Ce principe est généralement observé toutes les fois qu'il y a plusieurs degrés d'héritiers, par exemple, comme dans la for-

---

(1) Goveanus, Duaren et beaucoup d'autres, pensent qu'ici, et dans un pareil texte d'institution, il faut lire *Sempronium coheredem*; et cela paraît prouvé par ce qu'on lit à la fin de ce texte, qu'on fait deux portions, dont une se partage entre Sempronius et le maître de Titius. En effet, si on ne supposait pas Sempronius cohéritier, ce ne serait pas une des deux moitiés, ce serait la totalité qui serait à partager entre lui et le maître de Titius. Cependant Viglius et Connanus n'adoptent pas cette leçon; mais Heinneccius pense que cette loi offre deux espèces. Voyez ce qu'il en dit, *institut. n.* 557. Malgré cela Cujas, qui ne veut pas que dans cette espèce Sempronius soit héritier, mais substitué, dit qu'à la fin de la loi il faut lire *as* au lieu de *alter semis*, mis suivant lui par erreur du scribe, qui a pris les lettres du mot *as* pour des lettres initiales de deux mots, et a écrit sans autre examen *alter semis*.

(2) On doutait qu'il dût y avoir lieu à la substitution dans cette espèce; les uns disaient qu'elle ne devait pas avoir lieu, parce qu'en effet Titius avait été héritier; les autres, qu'elle devait avoir lieu parce qu'il n'avait recueilli la succession ni pour lui ni pour un autre qui y eût droit en vertu du testament, quoique cependant le testateur qui le croyait ingénu eût pu n'avoir que ces cas en vue; dans ce doute il fallait donc partager le différent entre l'institué et le substitué.

gradus faciant, herede existente filio, deficit non solum institutio nepotis, sed et omnium sequentium graduum, eorum scilicet qui nepoti substituti sunt.

Hoc docet Julianus : « Quum in testamento ita scribitur : *si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus, heres esto :* duo gradus heredum sunt. Nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur. Ex quo apparet, si nepoti Titius substitutus fuerit, et filius patri heres extiterit, non posse Titium una cum filio heredem esse ; quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur ». *l.* 37. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Julian. *lib.* 29. *dig.*

Similiter Africanus : « Si filius et ex eo nepos posthumus ita heredes instituantur ut Gallo-Aquilio placuit; et nepoti, *si is heres non erit,* Titius substituatur : filio herede existente, Titium omnimodo, id est, etiamsi nepos natus non fuerit, excludi respondit ». *l.* 33. §. 1. African. *lib.* 2. *quæst.*

SECTIO II.

De pupillari substitutione.

Circa pupillarem substitutionem videbimus : 1°. quæ sit ejus natura et forma; 2°. quotuplex hujus species ; 3°. quibus pupillariter substitui possit; 4°. qui pupillariter substitui possint; 5°. de effectu pupillaris substitutionis; 6°. quando deficiat; 7°. pauca subjungemus de fideicommissaria pupillari substitutione.

ARTICULUS I.

De natura et forma substitutionis pupillaris.

XXII. Pupillaris substitutio, ut jam diximus, ea est qua quis filio suo impuberi, quem in potestate habet, *si impubes decesserit,* heredem scribit.

Unde hæc substitutio est quasi quoddam testamentum quod pater filio suo facit; ita tamen ut simul sit et pars testamenti paterni.

Enimvero « patris et filii testamentum pro uno habetur, etiam in jure prætorio (1). Nam (ut Marcellus, libro digestorum 9, scribit) sufficit tabulas esse patris signatas, etsi resignatæ sint filii; et septem signa patris sufficiunt (2) ». *l.* 20. Ulp. *lib.* 16. *ad Sab.*

(1) Ita ut ex substitutione pupillari a patre intestato facta, bonorum possessio *secundum tabulas* non daretur.

(2) Non enim sunt duo testamenta, sed unum testamentum patris; cujus est quædam sequela, illud quod filio suo facit.

mule aquilienne, le fils et le petit-fils forment deux degrés, le fils devenant héritier, non-seulement l'institution du petit-fils, mais celle de tous les degrés subséquens, c'est-à-dire, l'institution de ceux qui sont substitués au petit-fils deviennent nulles.

Ainsi l'enseigne Julien : « Lorsqu'un testateur a dit dans son testament, si mon fils meurt avant moi, que mon petit-fils, qui sera né de lui après ma mort, soit mon héritier ; il y a deux degrés d'héritiers ; car, dans aucun cas, l'un et l'autre ne peuvent être héritiers ; d'où suit que si Titius a été substitué au petit-fils et que le petit-fils ait été héritier du père, Titius ne peut pas hériter avec le fils, parce qu'il est substitué au second degré et non au premier ».

Africanus dit également : « Si un fils et le petit-fils, son posthume, sont institués comme l'a voulu Gallus Aquilius, et que Titius soit substitué au petit-fils s'il n'hérite pas, le fils héritant, Titius est exclus de toute manière, c'est-à-dire, quand même le petit-fils ne serait pas né ».

SECTION II.

De la substitution pupillaire.

A l'égard de la substitution pupillaire, nous examinerons : 1°. quelle est sa nature et sa forme ; 2°. combien il y en a d'espèces ; 3°. à qui on peut substituer pupillairement ; 4°. en faveur de qui la substitution pupillaire peut avoir lieu ; 5°. quels sont ses effets ; 6°. quand elle cesse d'avoir lieu ; et nous ferons, 7°., quelques observations sur la substitution pupillaire par fidéicommis.

ARTICLE I.

De la nature et de la forme de la substitution pupillaire.

XXII. La substitution pupillaire, comme nous l'avons dit, est celle par laquelle quelqu'un institue un héritier à la place de son fils encore impubère, et sous sa puissance dans le cas où il mourrait avant sa majorité.

Cette substitution est donc une espèce de testament qu'un père fait pour son fils, cependant de telle forme qu'il soit aussi en partie le sien.

En effet, « le testament du père et celui du fils sont censés n'en faire qu'un, même suivant le droit prétorien (1) ; car, comme dit Marcellus, livre 9 du digeste, il suffit que ce testament soit signé par le père, quoiqu'il soit aussi signé par le fils ; il serait encore valide quand il ne porterait que les sept signatures du père (2) ».

(1) De manière que la possession des biens ne serait pas donnée suivant le testament en vertu de la substitution pupillaire faite par le père mort *intestat* en partie.

(2) Car il n'y a pas deux testamens, mais un seul ; c'est-à-dire, celui du père, dont celui du fils est une espèce de conséquence.

Hinc « substituere liberis pater non potest, nisi heredem sibi instituerit. Nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet ». *l.* 1. §. 3. Modest. *lib.* 2. *Pandect.*

« Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere. Cæterum soli filio non poterit (1), nisi forte miles sit ».

« Adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet, ut, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat (2) ». *l.* 2. §. 1. Ulp. *lib.* 6. *ad Sab.*

XXIII. Quamvis autem patris et filii testamentum pro uno habeatur, nihilominus « si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra (3), fecerit testamentum, valebit ». *l.* 20. §. 1. Ulp. *lib.* 16. *ad Sab.*

XXIV. Item nihilominus diversis temporum intervallis fieri possunt. Igitur, si suo testamento perfecto, alia rursus hora « pater filio testamentum fecerit adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valebit ». *l.* 16. §. 1. Pompon. *lib.* 3. *ad Sab.*

Obiter nota quod subjicitur : « Et tamen patris testamentum ratum manebit (4) ». *d.* §. 1.

Unde « ex pupillari testamento superius principale neque ex parte, neque in totum confirmari posse (5) Marcianus scripsit ». *l.* 44. Paul. *lib.* 10. *quæst.*

XXV. Ita autem diversis temporibus patris et filii testamenta fieri possunt, ut pater a suo incipere debeat. Quod obtinet, etsi uno contextu utrumque fiat. « Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere, et non convertere ordinem scripturæ. Et hoc Julianus putat, prius sibi debere, deinde filio heredem scribere ; cæterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quæ sententia, rescripto imperatoris nostri ad

(1) Nec enim potest accessorium esse sine principali.

(2) Nam non adita ex testamento hereditate, ruit testamentum, adeoque et substitutio pupillaris quæ est hujus sequela.

(3) Multo magis diversis scripturis. Et quidem parentibus de salute liberorum suorum sollicitis, ne illis struantur insidiæ, commendat Justinianus ut ita faciant ; et scripturam utramque separatim signari curent. *Instit. lib.* 2. *tit.* 5..

(4) Nec enim est novum testamentum per quod prius rumpatur, sed sequela prioris : adeoque sequi, non præcedere debet pupillaris substitutio.

(5) Qui posterius testamentum facit, utiliter confirmat hoc posteriori testamento prius testamentum quod fecit, ut saltem valeat jure fideicommissi : quum alioquin omnino ruptum et infirmatum esset per hoc posterius testamentum. Verum is qui duntaxat filio testamentum facit, frustra in eo confirmat testamentum quod sibi ante fecerat, quum testamentum quod filio facit, huic quod sibi jam fecit accedat, nec illud rumpat. Ita Cujacius.

C'est pourquoi « un père ne peut pas substituer pour ses enfans, à moins qu'il n'ait institué un héritier pour lui-même ; car tout testament est nul sans institution d'héritier ».

« Quiconque fait un testament pour son fils impubère doit aussi en faire un pour lui-même, et il ne peut pas en faire autrement pour son fils (1), à moins qu'il ne soit militaire ».

« Et il est si vrai que le testament fait pour le fils ne vaut que par celui du père, que si la succession du père n'est pas acceptée, la substitution pupillaire devient nulle comme le testament du pupille (2) ».

XXIII. Mais quoique le testament du père et celui du fils soient censés n'en faire qu'un ; toutefois, « si le père a fait un testament écrit pour lui, et un testament noncupatif pour son fils, ou réciproquement (3), ce testament sera maintenu ».

Observez en passant ce qu'ajoute la loi que « cependant le testament du père est maintenu (4) ».

C'est pourquoi « Marcian dit que le testament principal antérieurement fait, ne peut être confirmé ni en tout ni en partie par le testament pupillaire (5) ».

XXV. Mais les testamens du père et du fils peuvent tellement être faits en différens tems ; que le père doit commencer par le sien, ce qui a lieu quoique l'un et l'autre soient contenus dans le même contexte. « Car le testateur doit d'abord instituer son héritier, et ensuite faire la substitution ; il ne peut pas intervertir cet ordre, et Julien pense qu'il doit instituer son héritier avant d'instituer celui de son fils ; c'est-à-dire, que s'il a fait le testament de

(1) Parce qu'il ne peut exister d'accessoire sans principal.

(2) Parce que la succession n'étant pas acceptée en vertu du testament, ce testament devient nul, et par conséquent la substitution pupillaire qui en est une suite.

(3) Et à plus forte raison encore si le testament du fils est fait aussi par écrit séparé. Justinien recommande aux parens soigneux des intérêts de leurs enfans de le pratiquer ainsi et de signer séparément les deux testamens pour éviter toute difficulté.

(4) Parce que ce n'est pas un nouveau testament qui peut casser un testament antérieur, mais une suite de ce testament antérieur ; et par conséquent la substitution pupillaire doit suivre et non pas précéder.

(5) Celui qui fait un second testament confirme utilement le premier par le second, du moins pour le faire valoir comme fidéicommis, puisqu'autrement ce second testament infirmerait et casserait le premier ; mais celui qui ne fait de testament que pour son fils, y confirmerait inutilement celui qu'il aurait fait auparavant pour lui, puisque le testament de son fils étant un accessoire du sien ne le casse pas. Ainsi pense Cujas.

virium-luppum Britanniæ præsidem, comprobata est. Et merito : constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates. Usque adeo, ut, quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et posthumum suum (1) filio impuberi possit quis substituere ». *l.* 2. §. 4. Ulp. *lib.* 6. *ad Sab.*

Quod dicimus, a substitutione pupillari converso scripturæ ordine non esse incipiendum, tunc obtinet, quum exheredato substituitur; quia hoc casu substitutus non aliter quam ex scripturæ ordine secundus heres videri potest.

Contra, « sed si quis ita fuerit testatus: *si filius meus intra quartum-decimum annum decesserit*, *Seius heres esto* : deinde *filius heres esto* : valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fecerit ». *d. l.* 2. § 5.

Et hoc obtinet non solum in pupillari expressa, sed et in tacita. Unde additur : « Sed et si ita scripserit, *si filius mihi heres non erit*, *Seius heres esto ; filius heres esto* : secundo quidem gradu Seius scriptus est heres, et si filius heres non extiterit, procul dubio Seius ei heres erit : sed, etsi extiterit filius heres, et in pubertate (2) defunctus est, Seius admittendus recte (3) videtur, ut non ordo scripturæ, sed ordo successionis spectetur ». *d. l.* 2. §. 6.

« Quod igitur dictum est, singulis liberorum (4) substituere (5) licere, ideo adjectum est, ut declaretur non esse a filii testamento incipiendum impuberis ». *d. l.* 2. §. 7.

XXVI. Circa formam substitutionis pupillaris observandum superest, quod sicut heres ex certa re institui non potest, ita nec potest quis ex bonis duntaxat patris filio pupillariter substitui.

---

(1) Enimvero, si substitutio pupillaris non ita esset testamentum filii ut etiam esset testamentum patris, posthumus *suus* a patre non posset substitui pupillariter : posthumus enim non potest institui nisi in testamento ejus cui *suus* posthumus est, quum jure Pandectarum reprobata sit alieni posthumi institutio.

(2) Legendum *intra pubertatem.*

(3) Igitur vulgaris substitutio tacite continet pupillarem.

(4) Id est, exheredatis sicut et institutis.

(5) Quasi diceret : hæc vox *substituere*, quæ usurpatur quum pater filio impuberi non solum instituto sed etiam exheredato heredem scribit, declarat hunc heredem secundum heredem esse oportere. Alioquin diceretur *institutus*, non *substitutus*. Exheredato autem scriptus heres quomodo secundus videbitur, si a filii testamento incipiatur ?

son fils avant de faire le sien, l'un et l'autre seront nuls. Cette opinion est confirmée par un rescrit de notre empereur adressé à Virius Luppus, président de la province de Bretagne; et ce n'était pas sans fondement; car il est constant qu'il n'y a qu'un testament quoiqu'il y ait deux successions; ce qui est tellement vrai que les héritiers nécessaires qu'institue le père pour lui, sont également institués pour son fils, et qu'il peut substituer son fils posthume à son fils impubère (1) ».

Ce que nous disons que la substitution pupillaire ne doit pas être faite avant l'institution d'héritier, a lieu lorsque l'on substitue à un fils déshérité, parce que, dans ce cas, le substitué ne peut pas être considéré autrement que comme un second héritier institué dans un ordre inverse.

Mais, au contraire, « si le testateur a dit que Seius soit mon héritier dans le cas où mon fils mourrait avant sa quatorzième année, cette substitution vaudra malgré le renversement d'ordre ».

Ce qui a lieu non-seulement par rapport à la substitution pupillaire expresse, mais encore relativement à la substitution pupillaire tacite. C'est pourquoi la loi ajoute : « Et même si le testateur a dit si mon fils n'est pas mon héritier que Seius le soit; et que mon fils soit mon héritier, Seius sera institué héritier au second degré, et héritera indubitablement si le fils n'hérite pas; mais si le fils hérite et meurt avant sa majorité (2), Seius sera son héritier (3) sans avoir égard à l'ordre des dispositions testamentaires, et en suivant l'ordre de la succession ».

« D'où suit que ce qui a été dit que chacun des enfans (4) pouvait avoir des substitués (5), a été ajouté pour annoncer que le testament du fils impubère ne devait pas précéder celui de son père ».

XXVI. Il nous reste à observer sur la forme de la substitution pupillaire, que, comme un héritier ne peut pas être institué pour une certaine chose, de même un père ne peut pas substituer pupillairement quelqu'un à son fils pour les biens paternels seulement.

---

(1) En effet, si la substitution pupillaire n'était pas faite de manière que le testament du fils fût aussi celui du père, le posthume sien ne pourrait pas être substitué pupillairement par le père; car le droit des Pandectes prohibant l'institution d'un posthume étranger, le posthume ne peut être institué que par le testament de son père.

(2) Il faut lire *infra pubertatem.*

(3) La substitution vulgaire contient donc tacitement une substitution pupillaire.

(4) C'est-à-dire, déshérités ou institués.

(5) Comme s'il disait : ce mot *substituer*, qui est employé lorsqu'un père institue un héritier à son fils impubère institué ou déshérité, annonce qu'il doit être son second héritier; autrement il dirait institué et non substitué. Or, comment l'héritier d'un fils déshérité pourrait-il être censé second héritier du père, si celui-ci n'avait fait que le testament de son fils?

Non tamen, si factum fuerit, ideo erit vitiosa substitutio, sed, detracta hac mentione, valebit; hoc docet Papinianus. Ita ille, « Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: *ille filius meus si (quod abominor) intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemve* (1) *ejus Titius heres esto* : non magis quam si post demonstratam conditionem (2), sibi (3) heredem esse substitutum jussisset. Nam et qui certæ rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet ». *l.* 41. §. 8. Papin. *lib.* 6. *respons.*

ARTICULUS II.

Quotuplex sit substitutionum pupillarium divisio?

Substitutio pupillaris, quemadmodum et vulgaris de qua supra, dividitur in expressam et tacitam; in nominatim factam, reciprocam, et breviloquam; in puram, et conditionalem, etc.

§. I. *Prima divisio, in* expressam *et* tacitam.

XXVII. Tacitæ substitutionis pupillaris exemplum celeberrimum refert Modestinus. Ita ille : « Jam hoc jure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum (4) substituisse intelligatur : sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit ». *l.* 4. *lib. sing. de curemat.*

XXVIII. Hoc exceptionem patitur, 1°. si pupillo et alii heredi cui pupillariter substitui non potest, conjunctim substitutum sit.

Ita enim rescribit Alexander : « Quamvis placuerit substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita, *si heres non erit*, porrigi ad eum casum quo, posteaquam heres extitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti

(1) Quam ex hereditate mea habuit.

(2) Conditionem hic intellige quæ inest substitutioni pupillari, *si filius meus ante pubertatem decesserit.*

(3) Quamvis testator scripsisset ut substitutus *sibi* heres esset, tamen non in bona duntaxat testatoris, sed et in bona pupilli ex substitutione succederet : ergo pariter et in hac specie.

(4) Hæc lex generaliter loquitur; videturque hujus sententia esse, ut non solum vulgaris expressa tacite contineat pupillarem, quod inter omnes constat; sed et ut pupillaris expressa vice versa contineat vulgarem; quod etiam vulgo probatur, quamvis dissentiant nonnulli, inter quos Anton. Faber. *decad.* 32. *err.* 9.

La substitution ainsi faite ne serait cependant pas vicieuse, mais ne vaudrait que par ce qu'on n'aurait point d'égard à cette clause. Ainsi l'enseigne Papinien : « Il a été, dit-il, décidé que la substitution n'était pas vicieuse quoique conçue en ces termes : si tel mon fils meurt avant l'âge de puberté (ce qu'à Dieu ne plaise), alors Titius me succédera à sa place ou en partie (1); non plus que si après avoir énoncé la condition (2) il eût dit que le substitué serait son héritier (3), parce que celui qui est institué héritier de certaines choses, obtient la possession de tous les biens, s'il n'y a point d'autres héritiers institués ».

ARTICLE II.

Combien il y a d'espèces de substitutions pupillaires.

La substitution pupillaire se divise comme la substitution vulgaire, c'est-à-dire, en substitution expresse et en substitution tacite; en substitution nommément faite, en substitution réciproque et en substitution brièvement énoncée; en substitution pure et simple, et en substitution conditionnelle, etc.

§. I. *Première division en substitution expresse et en substitution tacite.*

XXVII. Modestinus rapporte un exemple très-clair de la substitution tacite. Voici ses termes : « En vertu de la constitution de Marcus et Verus, lorsqu'un père a substitué quelqu'un à son fils impubère, sous une condition différente, il est censé l'avoir substitué pour tous les cas (4), c'est-à-dire, soit que son fils ait été ou n'ait pas été héritier, et qu'il soit mort impubère ».

XXVIII. Ce qui cependant est susceptible d'exception, 1°. si la substitution a été faite conjointement à un pupille et à un autre héritier qu'on ne pouvait pas substituer pupillairement.

Et en effet, Alexandre dit dans un rescrit : « Quoiqu'il ait été décidé que la substitution d'un père à son fils impubère, et sous sa puissance, en cas que ce fils n'hérite pas, s'étend au cas où il aurait hérité et serait mort impubère, à moins qu'il ne soit prouvé

(1) Pour la partie qu'il devait avoir.

(2) On entend ici par condition, celle qui est inhérente à la substitution pupillaire, c'est-à-dire, que le fils du testateur sera mort avant sa majorité.

(3) Quoique le testateur eût dit que le substitué serait son héritier, il succéderait cependant non-seulement aux biens du testateur, mais encore à ceux du pupille en vertu de la substitution : il en est donc de même dans cette espèce.

(4) Cette loi dispose en général, et son esprit semble être que non-seulement la substitution vulgaire exprimée contient tacitement la substitution pupillaire, ce dont tout le monde convient; mais encore que la substitution pupillaire contient aussi la substitution vulgaire, ce qu'on accorde également en général, quoique quelques jurisconsultes le contestent, entre lesquels est Antoine Dufaur. *Décad.* 32. *err.* 9.

voluntatem extitisse probetur : quum tamen proponas ita substitutionem factam esse, « *Si mihi* Firmianus filius et Ælia uxor » mea (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum » Publius Firmianus heres esto » ; manifestum est in eum casum factam substitutionem, quo utrique heredum substitui potuit (1)». *l. 4. cod.* 6. 26. *de impub. et aliis substit.*

2°. Sed, etsi soli filio in vulgarem casum sit substitutum, non intelligetur testator tacite in pupillarem casum substituisse, si filius habeat legitimam heredem matrem, testatoris uxorem legitimam.

Hinc ita rescribunt Diocletianus et Maximianus: « Precibus tuis manifestius exprimere debueras, maritus quondam tuus, miles defunctus, (quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, et secundum heredem scripsisse), utrumne in primum casum, an in secundum filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum - quartum suæ ætatis annum aut (2) postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti juris quod, si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, et patri heres extitit: eo defuncto, ad te omni modo ejus pertineat successio (3) ». *l.* 8. *cod.* 6. 26. *de impub. at aliis subst.*

Similiter Justinianus constituit ut, quum quis uxorem suam ex parte et ventrem ex parte instituit, et posthumo in vulgarem casum (scilicet si natus non fuerit) substituit, substitutio demum in ejusmodi casu admittatur, si posthumus minime editus fuerit, vel mater post partum prior decesserit. *l. fin. cod.* 6. 25. de instit. et substit.

XXIX. Quod dicimus, regulariter qui in unum casum filio impuberi substituit, tacite ei in alterum casum substituisse intelligi, obtinet non solum in nominatim facta substitutione, sed etiam in reciproca, qua scilicet plures impuberes invicem substituuntur. Ita enim pergit Modestinus supra laudatus :

---

(1) Proindeque vulgarem tantum hic inesse substitutionem.

(2) Nota, speciem poni in milite. Paganus ultra pubertatem non posset directo substituere.

(3) Quamvis species sit posita in milite, concluditur idem obtinere in testamento pagani. Nam quum non de forma et solennitatibus, sed de conjectura voluntatis quæstio est, eadem ratio militat in pagano et milite. Ita censent glossa, Cujacius, Zoesius, et major pars doctorum : a quibus tamen dissentiunt Goveanus et alii nonnulli, qui hanc legem censent obtinere in testamento militis duntaxat; in testamento autem pagani, vulgari substitutioni inesse pupillarem etiam adversus matrem pupilli.

que le testateur a eu une intention contraire : cependant, comme vous exposez que la substitution dont il s'agit est conçue en ces termes : « Si mon fils Firmianus et ma femme Ælia ne sont pas » mes héritiers, ce qu'à Dieu ne plaise, que Publius Firmianus » me succède à leur place ». Il est évident que cette substitution s'étend au cas où le testateur a pu substituer à l'un et l'autre de ses héritiers (1) ».

2°. Et même si le père a substitué vulgairement à son fils seul, il ne sera pas censé avoir tacitement substitué pupillairement, si le fils a pour héritier légitime sa mère légitime, épouse de son père ».

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit : « Vous auriez dû vous expliquer plus clairement dans votre requête : votre défunt mari, mort à la guerre, avait, dites-vous, institué héritier par son testament, votre commun fils et un second héritier. Il faut examiner s'il a substitué ce second héritier au premier cas ou au second. Si son fils, qui était sous sa puissance au tems de sa mort, était mort lui-même avant ou après sa quatorzième année (2); car il est certain en droit, que si votre fils étant sous la puissance de son père militaire, celui-ci ne lui a substitué un héritier qu'au premier cas, et qu'il ait été héritier de son père, sa succession vous appartient après sa mort (3) ».

Justinien a également voulu qu'un père ayant institué sa femme en partie, et l'enfant qu'elle portait pour le reste, en substituant à ce posthume vulgairement (s'il n'était pas né), cette substitution ne fût admise qu'autant que ce posthume n'eût pas existé, ou que la mère serait morte la première, après l'avoir mis au monde. Voy. *l. fin. cod. des instit. et substit.*

XXIX. Ce que nous disons que régulièrement, celui qui a substitué à son fils impubère dans un cas, est censé lui avoir substitué tacitement dans l'autre, a lieu, non-seulement dans la substitution nommément faite, mais encore dans la substitution réciproque; ou plusieurs impubères sont réciproquement substitués les uns aux autres; car Modestinus, qu'on vient de citer, continue ainsi :

---

(1) Et qu'ainsi il n'y a ici qu'une substitution vulgaire.

(2) Remarquez qu'on prend pour exemple un militaire, car les autres ne peuvent plus substituer directement après leur majorité.

(3) Quoique l'espèce soit celle d'un militaire, il ne conclut pas que la même chose a lieu pour tout autre, parce qu'il ne s'agit pas de la forme ni des formalités, mais de l'intention; d'où suit que la même raison milite pour tous. Ainsi pensent Cujas, Zoexius, la glose et la majeure partie des docteurs, dont l'opinion n'est cependant point celle de Goveanus et de plusieurs autres, qui pensent que cette loi ne comprend que le testament d'un militaire, et que dans les testamens des autres la substitution pupillaire est inhérente à la substitution vulgaire, même contre la mère du pupille.

« Quod jus ad tertium quoque genus (1) substitutionis tractum esse videtur. Nam, si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri Divus Pius constituit ». *sup. d. l.* 4. §. 1.

Cæterum eædem hic exceptiones recurrunt quæ supra.

Si enim alter fuit cui pupillariter substitui non potest; eo casu, neutri pupillariter substituisse intelligetur. V. G. « sed si alter pubes, alter impubes, hoc communi verbo *eosque invicem substituo*, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus et Antoninus constituit. Incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, ut, si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur; si autem impubes heres extiterit et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur : quo casu, in utrumque eventum substitutus videbitur. Ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur. Ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur. Vel certe evitandæ quæstionis gratia, specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem, *sive* heres non erit, *sive* erit et intra pubertatis annos decesserit ». *d. l.* 4. §. 2.

Eamdem exceptionem species sequens continet : « Lucius Titius legitimum filium et alterum naturalem heredes instituit, eosque invicem substituit. Titianus legitimus filius, quem pater anniculum reliquit, post patris mortem impubes decessit superstite matre, et fratre naturali quem etiam coheredem habebat. Quæro an hereditas ejus ad Titium naturalem fratrem ex causa substitutionis pertineat, an vero ad matrem? Respondi : Ad primum casum non existentium heredum, substitutionem, de qua quæritur, pertinere; non ad sequentem, *si quis* eorum postea decessisset intra pubertatem : quum in naturalis persona duplex substitutio locum habere non possit (2). Et ideo ad matrem legitimi filii hereditas ab intestato pertinet ». *l.* 45. Paul. *lib.* 12. resp.

---

(1) Quum de vulgari et pupillari locutus sit, scilicet in vulgari tacite inesse pupillarem : *tertium genus* appellat, substitutionem reciprocam.

(2) Ratio qua innititur jurisconsultus, hæc est : substitutio *duplex*, vulgaris scilicet et pupillaris simul, locum habere non potest in persona filii *naturalis*, utpote cui non possit pupillariter substitui, quum non sit in potestate patris. Unde colligitur, de *duplici* hac substitutione testatorem non sensisse nec in persona filii legitimi, quum utrique simul substituerit. Verum hæc ratio quæ sive pro matre, sive pro quovis alio herede impuberis ab

« Ce qui, en droit, est censé s'étendre à un troisième genre de substitution (1); car si un père institue deux fils impubères, et les substitue l'un à l'autre, Antonin-le-Pieux a décidé, par une constitution, que cette substitution était censée réciproque à l'un et l'autre cas ».

Toutefois, il y a lieu ici aux mêmes exceptions que ci-dessus.

Car s'il y en a un à qui on ne puisse pas substituer, la substitution pupillaire n'a lieu ni pour l'un, ni pour l'autre. Par exemple, « si l'un est pubère et l'autre impubère, et qu'ils soient substitués l'un à l'autre en ces termes, et *je les substitue récipoquement*, Sévère et Antonin disent, dans une constitution, que la substitution n'est censée faite que pour le cas de la substitution vulgaire; parce qu'il ne leur paraissait pas convenable qu'une substitution double eût lieu pour lui, et une substitution simple seulement pour l'autre. Dans ce cas donc, le père doit les substituer séparément, afin que si le pubère n'hérite pas, l'impubère hérite à sa place; et que si l'impubère hérite et meurt avant sa majorité, son frère lui soit substitué, auquel cas il sera censé substitué, quoiqu'il arrive; c'est-à-dire, que s'il a été substitué vulgairement à l'impubère, on examinera l'intention du testateur, savoir, s'il est censé avoir voulu les substituer vulgairement seulement l'un et l'autre; et que l'autre sera réputé doublement substitué, si on suit la volonté du père; ou, pour éviter toute difficulté, le pubère sera substitué spécialement de l'une et de l'autre manière, à l'impubère, lorsqu'il n'hérite pas ou qu'il hérite et meurt avant sa majorité ».

L'espèce suivante contient la même exception: « Lucius-Titius avait institué héritiers un fils légitime et un fils naturel, en les substituant réciproquement. Titianus, le fils légitime que son père avait laissé âgé d'un an, était mort impubère et après son père, sa mère et son frère naturel encore vivans. On demandait si la succession appartenait à Titius, le fils naturel, en vertu de sa substitution, ou bien à la mère du fils légitime. J'ai répondu que la substitution dont il s'agissait, appartenait au premier degré, où il n'y avait point d'héritier, et non au suivant, s'il y en avait un qui fût mort avant sa majorité; parce que la double substitution ne pouvait pas avoir lieu dans la personne du fils naturel (2), et que, par conséquent, la mère était héritière *ab intestat* du fils légitime ».

---

(1) Ayant parlé de la substitution vulgaire et de la substitution pupillaire tacitement inhérente à la substitution vulgaire, il appelle la substitution réciproque une troisième espèce.

(2) La raison sur laquelle le jurisconsulte s'appuie, est que la double substitution, c'est-à-dire, la substitution pupillaire et la substitution vulgaire ne peuvent pas avoir lieu en même tems dans la personne d'un fils naturel, parce que n'étant pas sous la puissance de son père on ne pouvait pas lui substituer pupillairement; d'où on conclut que le testateur n'a pas voulu non plus substituer doublement son fils légime en substituant l'un à

XXX. Circa tacitam pupillarem substitutionem unum observandum superest; scilicet ex eo quod quis pupillariter substitutus sit substituto, non intelligitur tacite pupillariter substitutus et instituto.

Hoc docet Scævola : « Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio herede, filiam exheredavit; et, si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit. Sed filiæ, si, antequam nuberet, decessisset; uxorem suam : item sororem substituit. Quæro, quum filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, an filii hereditas ad uxorem et sororem testatoris jure substitutionis pertineat? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, non pertinere (1) ». *l.* 47. Scæv. *lib.* 2. resp.

§. II. *Secunda divisio*, *in* nominatim *factas*, reciprocas *et* breviloquas.

Secunda substitutionis pupillaris divisio est in eam quæ fit nominatim, quum scilicet certæ personæ nominatim pupillo substituuntur; reciprocam; qua plures pupilli invicem substituuntur his verbis *eosque invicem substituto ;* et eam, quæ breviloqua dicitur, quum scilicet *quisquis heres mihi erit*, generaliter pupillo substituitur.

XXXI. Circa hanc autem substitutionem pupillarem breviloquam quæritur : 1°. qui ad hanc substitutionem vocati intelligantur ?

« Hæc verba, *quisquis mihi heres erit*, *idem impuberi filio heres esto*, hunc habent sensum : ut (ei) non omnis qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, substitutus videatur. Et ideoque neque pater qui per filium, neque dominus qui per servum extitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres (2); quia non ex judicio veniunt ». *l.* 8. §. 1. Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Suffragatur Modestinus : « Quum filio impuberi pater ita substituerit : *Quisquis mihi heres erit*, *idem filio impuberi heres esto :* placuit ad hanc substitutionem scriptos tantummodo (ad hereditatem) admitti. Itaque dominus, cui per servum hereditatis portio quæsita sit, ex substitutione impuberi heres effici non poterit, si servus ab ejus exierit potestate ». *l.* 3. *lib.* 1. differ.

---

intestato adversus substitutum militat, non excludit alteram qua mater substituto præferri deberet, ex eo solo quod, quum sit testatoris uxor, non debeat præsumi testator voluisse huic præferre substitutum : ut vidimus supra n°. præced.

(1) Secus obtinet in vulgari substitutione : supra *n.* 8.

(2) Idem in vulgari : supra *n.* 10. cum notis.

XXX. Il nous reste encore une chose à observer à l'égard de la substitution pupillaire tacite : savoir, que de ce qu'un individu a été pupillairement substitué à un autre substitué, il ne s'ensuit pas qu'il soit pupillairement substitué à un institué.

Ainsi l'enseigne Scævola : « Un père qui avait un fils et une fille, avait institué le fils héritier et déshérité la fille, en la substituant à son fils, s'il mourait avant sa majorité, et en substituant sa femme et sa sœur à sa fille, si elle mourait avant d'être mariée. On demandait, la fille étant morte la première et impubère, et son frère ensuite, également impubère, si la succession revenait à la femme et à sa sœur en vertu de la substitution. J'ai répondu négativement d'après l'exposé (1) ».

§. II. *Deuxième division, en substitutions nommément faites, réciproques et brièvement énoncées.*

La seconde division de la substitution pupillaire est la division en substitution nommément faite, comme quand certaines personnes sont nommément substituées à un pupille; en substitution réciproque, par laquelle plusieurs pupilles sont substitués en ces termes, et je les substitue réciproquement les uns et les autres; et en celle qu'on appelle substitution brièvement énoncée, et qui a lieu quand un testateur substitué à un pupille quiconque sera son héritier.

XXXI. Relativement à cette substitution brièvement énoncée, on examine 1°. quels sont ceux qui sont censés y être appelés.

« Ces expressions, quiconque sera mon héritier, sera celui de mon fils impubère, s'entendent en ce sens, que non pas tout héritier du père, mais celui qui en sera héritier par testament, sera censé substitué au fils; d'où suit que ni le père qui le serait par son fils, ni le maître par son esclave, ne seront point substitués au fils, ni héritiers de ce dernier (2), parce qu'ils ne le seraient pas en vertu de ce testament ».

Modestinus dit pareillement, lorsqu'un père a substitué quelqu'un à son fils impubère, en disant : « Quel que soit celui qui devienne mon héritier, sera aussi celui de mon fils impubère; il est décidé que cette substitution n'appelle à sa succession que les héritiers institués. Ainsi, le maître qui pourrait en acquérir une portion par son esclave, ne serait pas héritier de cet impubère en

---

l'autre; mais cette raison qui milite pour la mère ou tout autre substitué héritier *ab intestat* d'un impubère, n'exclut pas une autre raison pour laquelle la mère devrait être préférée au substitué, qui est, qu'étant la femme du défunt, celui-ci n'a pas dû vouloir que le substitué lui fût préféré, comme on l'a vu dans le *n.* précédent.

(1) Il n'en est pas ainsi dans la substitution vulgaire. Voy. ci-dessus, n°. 8.

(2) Il en est de même dans la substitution vulgaire. Voyez ci-dessus, n°. 10, le texte et les notes.

Pariter Paulus : « Item in substitutione his verbis : *Quisquis mihi heres erit*, proximus (1) heres tantum significantur; imo non tantum proximus heres, sed etiam scriptus ». *l.* 227. §. 1. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Paul. *lib.* 2. Manualium.

Hinc et illud sequitur : « Sed si plures sint ita substituti, *quisquis ex supra scriptis heres erit* : deinde quidam ex illis : posteaquam heredes extiterint patri, obierunt ; soli superstites ex substitutione heredes existent, pro rata partium ex quibus instituti sunt : nec quicquam valebit ex persona defunctorum (2) ». *l.* 10 Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

XXXII. Vidimus in substitutione breviloqua non satis esse si quis hereditatem testatoris adeptus fuerit, nisi ipse institutus fuerit.

Vice versa, non satis est aliquem institutum fuisse, nisi hereditatem adeptus fuerit sibi aut alii. Cæterum non refert quo gradu institutus fuerit.

Hoc docet Africanus in hac specie :

« Filium impuberem et Titium heredes instituit : Titio Mævium substituit ; filio *quisquis sibi heres esset ex* supra scriptis, substituit. Titius omisit hereditatem ; Mævius adiit. Mortuo deinde filio, putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit (3) ». *l.* 34. §. 1. African. *lib.* 4. quæst.

Modo autem quis ipse testatori semel heres extiterit, quamvis ei postea ablata sit hereditas, nihilominus ad hanc substitutionem vocatur.

Hoc docet Julianus : « In substitutione filio ita facta : *Quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto*, quæritur,

(1) Id est, immediatus.

(2) Nec obstat quod ex *l.* 39. *ff.* 29. 2. *de acq. vel omitt. hered.* Videbimus eum, quem testator scripsit sibi heredem, et pupillo substituit, si postquam adiit testatoris hereditatem, vivo adhuc pupillo decedat, transmittere ad heredem suum causam accrescendæ pupillaris hereditatis, si postea impubes decesserit. Hoc, inquam, non obstat. Nam, in specie d. legis 39, is qui testatoris adiit hereditatem, idem supponitur fuisse pupillo substitutus. At hic (in *l.* 10. *h. tit.*) qui testatori heres fuit, et vivo pupillo decessit, non videtur ex his verbis, *quisquis mihi heres erit*, pupillo substitutus. His enim verbis illi sunt substituti pupillo, qui quum casus substitutionis pupillaris existeret, invenirentur testatoris fuisse heredes ; adeoque illi duntaxat qui tunc viverent. Is ergo qui vivo pupillo decessit, non fuit ei substitutus.

(3) Igitur qui primo gradu scriptus erat, a subtitutione pupillari excludetur, quia patris heres non fuit. Mævius admittitur, quia patri heres fuit, quamvis in secundo gradu.

vertu de cette substitution, si l'esclave avait cessé d'être sous sa puissance ».

Paul dit également : « La substitution du testateur qui a dit, quiconque sera mon héritier, etc., ne concerne que l'héritier institué au premier degré (1) et même le premier institué ».

D'où suit encore que, « si le testateur a substitué plusieurs héritiers en ces termes : Quelle que soit la personne de celles que j'ai instituées ci-dessus, qui devienne mon héritier, et que quelques-uns de ceux qui en ont hérité soient morts ensuite, les survivans seront seuls héritiers, chacun en raison de la portion pour laquelle il avait été institué ; mais ne partageront pas les portions de ceux qui sont morts (2) ».

XXXII. Nous avons vu qu'à l'égard de la substitution brièvement énoncée, il ne suffisait pas d'arriver à la succession par cette substitution, si l'on n'était pas institué héritier.

Et réciproquement, il ne suffit pas d'avoir été institué, si l'on n'est pas arrivé à la succession pour soi-même ou pour un autre. Au reste, il est indifférent à quel degré on ait été institué.

Ainsi nous l'enseigne Africanus dans l'espèce suivante.

« Un testateur a institué son fils impubère et Titius ses héritiers. Il a substitué Mævius à Titius, et à son fils, celui des deux héritiers ci-dessus institués qui aurait hérité de lui. Titius n'a point accepté la succession et Mævius l'a acceptée. Son fils étant ensuite mort, on a pensé que la succession était déférée par la substitution à celui seul qui l'avait acceptée (3) ».

Mais pourvu qu'on ait été héritier du testateur, on n'est pas moins appelé à cette substitution, quoiqu'on ait été ensuite obligé de céder la succession à un autre.

Ainsi l'enseigne Julien : « Si le testateur, en substituant quelqu'un à son fils, a dit : Quiconque des ci-devant institués

(1) C'est-à-dire, immédiat.

(2) Nonobstant la *l.* 39. *ff. de la manière d'accepter la succession et d'y renoncer*, où nous verrons que celui que le testateur a institué héritier et substitué à un pupille, transmet à son héritier le droit d'accroissement pour la substitution pupillaire s'il meurt après avoir accepté la succession du vivant du pupille, et que ce pupille meure après lui ; parce que dans l'espèce de cette loi 29, celui qui a accepté la succession du testateur est aussi supposé substitué au pupille ; au lieu que dans cette loi 10, de ce *tit.*, celui qui a hérité du testateur, et qui est mort du vivant du pupille, n'est pas censé substitué au pupille en vertu des expressions *quiconque sera mon héritier*, qui ne substituent au pupille que ceux qui, dans le cas de la substitution pupillaire, se trouveraient avoir été héritiers du testateur, et par conséquent que ceux qui se trouveraient alors vivans : celui qui est mort du vivant du pupille ne peut donc pas lui être substitué.

(3) Ainsi celui qui était institué au premier degré est exclus de la substitution pupillaire, parce qu'il n'a pas été héritier de son père ; et Mævius y sera appelé, parce qu'il aura été héritier du père quoiqu'au second degré.

quisquis heres quandoque fuerit intelligatur, an quisquis heres tum erit quum filius moriatur? Placuit prudentibus, *si* quandoque heres fuisset. Quamvis enim vivo pupillo heres esse desiisset, forte ex causa de inofficioso quæ pro parte (1) mota est, futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est ». *l.* 31. Julian. *lib. sing. de ambiguitatibus.*

Obiter nota : « Non simili modo in hac specie dicendum est, si quis, quum filios duos haberet, Gaium puberem, Lucium impuberem, ita filio substituisset : *Si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Gaius filius heres erit, tunc* (2) *Seius heres esto.* Nam ita Prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda (3) ». *d. l.* 31. §. 1.

XXXIII. Quæritur 2°. circa hanc substitutionem; ex quibus partibus ad substitutionem isti substituti veniant? Et (ut jam obiter dictum est) « partes quoque eædem ad substitutos pertinent, quas in ipsius patrisfamiliæ habuerunt hereditate ». *l.* 8. §. *fin. v. partes quoque* Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Hoc autem non intelligitur *cum effectu.* Sufficit quod ex his partibus adierint, nec refert an eas restituerint; ut in specie sequenti :

« Julius-Longinus pater eos, quos sibi heredes institnerat, filio ita substituit : *Quisquis sibi heres esset.* Unus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodaverat ut non capienti partem ex eo quod acceperat daret, ad substitutionem impuberis admissus, utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit, veniat : an vero pro ea quam cœpit, ita ut augeatur ejus pars in substitutione? Respondi : Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur; nec desinet heres esse, licet res, quæ ita relictæ sunt, auferantur. Unde et ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quan-

(1) Finge : hic ex parte duntaxat scriptus erat, et adversus eum duntaxat mota est querela : adversus coheredem non mota est. Quod si in solidum mota fuisset querela, corrueret totum testamentum, adeoque et substitutio pupillaris. Vid. supra, *lib.* 5, *tit.* 2. *de inoffic. testam. art.* 4.

(2) Ex hoc artiuclo *tunc*, discrimen inter utramque speciem proficisci observat Cujacius. Est enim adverbium temporis, quod illam conditionem *si neque Gaius filius heres erit*, determinat ad illud tempus quo substitutionis casus (cui hæc conditio ascribitur) per mortem impuberis existet. In superiori vero specie, hæc verba, *quisquis heres mihi erit*, sunt indeterminata, adeo ut quandocumque heredem fuisse sufficiat.

(3) Id est, eo tempore inspiciendum, an Gaius duraret testatori heres.

qui soit mon héritier, sera aussi celui de mon fils; on examine si cela s'entend de celui qui sera héritier dans quelque tems que ce soit, ou de celui qui le sera à la mort du fils. Les prudens ont décidé que cela s'entendait de celui qui serait héritier, n'importe quand; parce que, bien qu'il eût pu cesser d'être héritier du vivant du pupille, qui, par exemple, aurait attaqué le testament comme inofficieux pour une partie (1), on ne devait pas moins le regarder comme devant hériter en vertu de la substitution ».

Observez en passant, qu'on ne peut pas en dire autant de celui qui ayant deux fils, Gaius pubère et Lucius impubère, aurait dit dans son testament : Si Lucius mon fils, meurt impubère, et que mon autre fils Gaius ne soit pas mon héritier, alors (2) Seius le sera; parce que les prudens ont décidé de cette manière, pour faire rapporter la condition de la substitution à la mort de l'impubère (3) ».

XXXIII. On examine, 2°. pour quelle portion ces substitués sont appelés à cette substitution; et, comme on l'a déjà dit en passant, « ils ont les mêmes portions que dans la succession du testateur ».

Ce qui toutefois ne s'entend pas d'une manière effective. Il suffit qu'ils aient accepté la succession pour ces portions, et il est indifférent qu'ils aient dû les restituer, comme on va le voir dans l'espèce suivante.

« Julius Longin avait substitué à son fils ceux qu'il avait institués héritiers, en les indiquant par ces mots, quiconque sera mon héritier. Un des héritiers institués, qui avait promis de rendre la part qu'il aurait eue à celui qui n'aurait rien reçu de la succession, a été admis à la succession de l'impubère, et on a demandé s'il devait obtenir la portion pour laquelle il était institué, ou celle qu'il avait reçue, c'est-à-dire, si la substitution devait augmenter sa portion. J'ai répondu que celui qui s'était prêté à une fraude contre la loi, était devenu héritier en acceptant la succes-

(1) Supposons que ce fils fût institué seulement pour une partie, que le testament a été attaqué comme inofficieux en cette partie seulement, et non contre son cohéritier; car si le testament eût été ainsi attaqué tout entier, il serait annullé tout entier, et par conséquent la substitution pupillaire tomberait avec lui. Voyez ci-dessus, *liv.* 1, le titre *de la plainte en inofficiosité*, *art.* 4.

(2) Cujas observe que le mot *tunc* établit une différence entre les deux espèces, parce que c'est un adverbe de tems qui annonce que cette condition, si Gaius mon fils n'est point héritier, se reporte au tems où le cas de la substitution auquel cette condition est imposée, sera rempli par la mort de l'impubère; au lieu que dans l'espèce précédente les mots *quiconque sera mon héritier* ont une signification indéterminée, de manière qu'il suffit d'avoir été héritier n'importe quand.

(3) C'est-à-dire, qu'il faut examiner si Gaius était encore alors héritier du testateur.

tum scriptus esset : *Satis enim punitus est in eo in quo fecit contra leges.* Quinimo etsi desineret heres esse, idem dicerem. Quemadmodum intelligendum est in eo qui, quum scriptus esset heres, postquam adiisset hereditatem, in servitutem redactus est, et postea libertate donatus; cui permissum est ad substitutionem venire, quæ ei in testamento fuerat relicta. Licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum (1) amisit, percepturum ». *l.* 43. §. 3. Paul. *lib.* 9. quæst.

XXXIV. Quem autem partem habebit extraneus, si cum heredibus institutis filio pupillariter substitutus sit? Labeo putabat dimidiam habiturum.

Ita ille : « Si pater filio impuberi eosdem quos sibi, et te unum præterea heredem instituit; bonorum filii te dimidiam (2), cæteros patris heredes communiter dimidiam ita habere, ut unus semis apud te maneat; alterius semissis pro his partibus inter heredes paternos divisio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam haberent ». *l.* 9. Labeo, *lib.* 1. *posterior. a Javol. epitom.*

Justinianus autem sancivit ut in hac specie extraneus virilem (3) duntaxat haberet. *l. fin. cod.* 6. 26. *de impuber. et aliis subst.*

§. III. *Tertia divisio, in* graduales *et* simplices.

XXXV. Possunt etiam dividi substitutiones pupillares, in simplices et graduales. Nam potest quis vel unum, vel plures substitutionis pupillaris gradus facere. Et « quo gradu heres liberis substituatur, nihil interest ». *l.* 13. Pompon. *lib.* 1. *ad Sab.*

Exemplum gradualis subtitutionis pupillaris proponitur in specie sequenti :

(1) Alias rectius *quam tum*, id est, etiam pro ea portione quam amisit.

(2) Contra, in *l.* 32. supra *n.* 2, dicitur extraneum uni ex heredibus institutis cum cæteris scriptis heredibus vulgariter substitutum, virilem duntaxat habiturum. Disparitas est quod in hac *l.* 9, heredes patris collective et per indefinitam orationem filio substituuntur sic *quisquis heres erit;* adeoque unius personæ vice funguntur : unde extraneus semissem habet. At, in lege 32 opposita, singulæ heredum personæ substitutæ intelliguntur,

(3) Per hanc igitur Justiniani legem abrogatur lex 9, supra mox relata. Utramque ergo frustra conciliare tentant glossa et doctores. Ita recte censent Govcanus et Zoezius.

sion, et qu'il ne cessait pas de l'être en restituant ce qui lui avait été légué ; que par conséquent il devait obtenir, en vertu du second testament, la portion pour laquelle il avait été institué ; parce qu'il était assez puni par la fraude qu'il avait pratiquée, et que je dirais encore la même chose quand il cesserait d'être héritier ; ce qui doit s'entendre aussi de celui qui, ayant été institué héritier, a été réduit en servitude après avoir accepté la succession, et à qui il a été permis de profiter de la substitution faite en sa faveur dans le testament, après être redevenu libre, parce que, bien qu'il ait perdu le droit de son institution, il doit obtenir en vertu de sa substitution, une portion égale à celle qu'il aurait eue en vertu de son institution (1) ».

XXXIV. Mais quelle portion aura un étranger pupillairement substitué au fils avec les héritiers institués ? Labéon pensait qu'il devait avoir la moitié.

Voici ses termes : « Si un père vous a institué héritier de son fils impubère, avec ceux qu'il avait institués ses propres héritiers à lui-même, vous devez avoir la moitié des biens du fils (2), et les autres doivent partager l'autre moitié comme héritiers du père, de manière que vous en ayez une moitié entière, et chacun des héritiers du père, une portion égale à sa portion héréditaire dans les biens du père ».

Mais Justinien statua que dans cette espèce, l'étranger n'aurait qu'une part égale à celle des héritiers paternels (3). Voy. *l. fin. cod. de la substitution aux impubères et à d'autres.*

§. III. *Troisième division, en substitutions graduelles et substitutions simples.*

XXXV. Les substitutions pupillaires peuvent aussi être divisées en simples et graduelles, parce qu'un testateur peut établir un ou plusieurs degrés de substitutions pupillaires, et il est indifférent à quel degré un héritier soit substitué aux enfans du testateur ».

L'espèce suivante offre un exemple de substitution pupillaire graduelle.

---

(1) On lit ailleurs *quam tum*, c'est-à-dire, la même portion qu'il a perdue.

(2) On lit au contraire dans la *l.* 32, ci-dessus *n.* 12, que l'étranger vulgairement substitué à un des héritiers institué, et avec les autres, doit avoir une portion virile. La différence résulte de ce que, dans cette *l.* 9, les héritiers du père sont substitués à son fils d'une manière indéterminée, par ces expressions *quiconque sera mon héritier;* d'où suit qu'ils ne sont censés faire qu'une seule et même personne, et que par conséquent l'étranger doit avoir la moitié de la succession ; au lieu que dans la loi 32 qu'on oppose, chacun des héritiers est censé personnellement substitué.

(3) La loi 29, ci-dessus rapportée, est donc abrogée par celle de Justinien qu'on vient de citer ; et par conséquent la glose et certains docteurs s'efforcent en vain de les concilier. Ainsi pense avec raison Goveanus et Zoezius.

« Si pater impuberes filios invicem substituerit, et ei qui novissimus mortuus fuerit, Titium; respondendum est solos fratres bonorum possessionem accepturos, et quodammodo duos gradus hujus institutionis factos : ut primo fratres invicem substituerentur; si illi non essent, tunc Titius vocaretur ». *l.* 25. Jul. *lib.* 24. *digest.*

§. IV. *Quarta divisio, in* puras *et* conditionales.

XXXVI. « Qui liberis impuberibus substituit, aut pure aut sub conditione solet substituere : *pure* sic, *si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius heres esto* : sive iste heres institutus sit et impuberi substitutus, nullam habet conditionem (1); sive sòlum substitutus. Sub conditione autem institutum si substituat, id est, *si mihi heres erit*, non alias existet heres ex substitutione, nisi et ex institutione heres fuerit. Cui similis est hæc substitutio : *quisquis mihi ex supradictis heres erit;* habet enim in se eandem conditionem similem (2) superiori ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

§. V. *Quinta divisio.*

XXXVII. In substitutionibus pupillaribus hæc etiam varietas notari potest. Nimirum « qui plures liberos habet, potest quibusdam substituere, neque utique necesse habet omnibus; sicuti potest nulli substituere. *l.* 38. Paul. *lib. singul. de secundis tabulis.*

Unde « vel singulis liberis, vel qui eorum novissimus morietur, heres substitui potest : singulis, si neminem eorum intestato decedere velit; novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit ». *l.* 57. Florent. *lib.* 10.

Hac in re autem dubitari interdum potest quæ fuerit voluntas testatoris : ut, quum testator duobus filiis suis impuberibus substituit aliquem, si uterque decesserit. In hoc autem casu Justinianus constituit ut, ei duntaxat qui novissimus decederet, substitutus intelligeretur. *l.* 10. *cod.* 6. 26. *de impuber. et aliis substit.*

XXXVIII. De substitutione quæ fit ei qui novissimus morietur, ita Papinianus : « Quum pater impuberi filiæ quæ novissima

(1) Hæc enim conditio, *si filius meus intra pubertatem decesserit*, non est vera conditio, quum insit substitutioni pupillari ex ipsius natura. Vid. *tit.* 1. *de cond. et dem.* infra, *lib.* 35.

(2) Et quidem, hæ conditiones vere sunt conditiones : nec enim insunt pupillari substitutioni; quum possit pupillariter substitui etiam is qui testatori heres non esset.

« Si un père a substitué ses fils impubères les uns aux autres, et Titius à celui qui mourrait le dernier, il faut dire que les frères auront seuls la possession des biens, et qu'il y a ici comme deux degrés d'institution, puisque les frères sont substitués les uns aux autres au premier degré, et Titius au second pour leur succéder à tous ».

§. IV. *Quatrième division, en substitutions pures et en conditionnelles.*

XXXVI. « Celui qui substitue à ses enfans impubères a coutume de leur substituer purement et simplement ou conditionnellement; purement et simplement, en disant si mon fils meurt avant sa majorité, Seius sera mon héritier; ou bien Seius, que j'institue mon héritier, sera substitué à mon fils impubère, ou seulement Seius sera substitué à mon fils. Cette substitution est sans condition (1), mais la substitution sera conditionnelle si le testateur a substitué un institué en disant s'il est mon héritier; il ne le sera en vertu de la substitution qu'autant qu'il le serait aussi en vertu de son institution faite en ces termes : quiconque des ci-dessus nommés sera mon héritier est aussi conditionnelle; car elle comporte en elle la même condition que la précédente (2) ».

§. V. *Cinquième division.*

XXXVII. On observe encore une autre variété dans les substitutions pupillaires, savoir : « celui qui a plusieurs enfans peut substituer à quelques-uns, et il n'est pas nécessaire qu'il substitue à tous pour cela, non plus qu'il n'est tenu de substituer à aucun ».

C'est pourquoi, « un père peut substituer à tous ses enfans ou au dernier mourant d'entr'eux; à chacun d'eux s'il ne veut pas qu'aucun d'eux meure *intestat*, ou au dernier vivant s'il veut conserver entr'eux le droit des successions légitimes ».

Mais, sur cette matière, on peut quelquefois élever des doutes relativement à l'intention du testateur, comme, par exemple, s'il a substitué quelqu'un à ses deux fils impubères dans le cas où ils mourraient l'un et l'autre, mais Justinien a voulu qu'alors le substitué ne succédât qu'au dernier vivant des fils. Voy. *l.* 10. *cod. de la substitution aux impubères et à d'autres.*

XXXVIII. Par rapport à la substitution faite au dernier mort, Papinien dit : « Un père ayant substitué à sa fille impubère si elle

(1) Car cette condition, *si mon fils meurt impubère*, n'est pas une véritable condition, puisqu'elle est inhérente par sa nature à la substitution pupillaire. Voyez le titre qui traite *des conditions et désignations testamentaires*, *liv.* 35.

(2) Et en effet ces conditions sont de véritables conditions; car elles ne sont pas inhérentes à la substitution pupillaire, puisque le testateur peut substituer pupillairement celui qui n'est pas son héritier.

diem suam obiisset, tabulas secundas fecisset, et impubes filia, superstite sorore pubere, vita decessisset, irritam esse factam substitutionem placuit : in persona quidem prioris, quia non novissima decessit : in alterius vero, quia puberem ætatem complevit ». *l.* 41. §. 7. Pap. *lib.* 6. *resp.*

Circa eandem hanc substitutionem quæritur an et in quorum persona committatur, si simul (id est, eodem tempore) decesserint? Quocirca Africanus : « Ex duobus impuberibus ei qui supremus morietur, heredem substituit : si simul morerentur, utrique heredem esse respondit; quia *supremus* non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligatur. Sicut, et e contrario, *proximus* non solum is qui ante aliquem, sed etiam is ante quem nemo sit, intelligitur ». *l.* 34. African. *lib.* 4. *quæst.*

Et quidem si duo simul mortui sunt, utrique substitutus heres fit. Quod si diversis temporibus, substitutus non utrique, sed ei duntaxat qui novissimus mortuus est, heres erit : quamvis per accidens, bona ejus, qui prior mortuus est, in hujus hereditate inveniat. Quod tamen ad idem non redit, ut notat Papinianus in specie sequenti :

« Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit, *si ambo mortui essent* : deinde pueri post mortem patris simul perierunt. Duæ hereditates substituto deferuntur. Sed si diversis temporibus vita decedant, in hereditate novissimi pueri, ejus fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inveniet : sed in ratione Falcidiæ, pueri prioris (1) hereditas non veniet; nec substitutus amplius quam sescunciam jure testamenti desiderabit. Legata quoque quæ a substituto ejus filii data sunt qui prior intestato decessit, ad irritum recidunt (2) ». *l.* 42. Pap. *lib.* 1. *defens.*

Observandum superest quod « in vulgari (3) substitutione, qua ei, qui supremus morietur, heres substituitur, recte substitutus etiam unico intelligitur; exemplo XII Tabularum, ex quibus *proximus* agnatus et solus habetur ». *l.* 162. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Pomp. *lib.* 2. *ad Sab.*

---

(1) Id est, Falcidiam non retinebit ut substitutus puero priori, sed tantum ut substitutus puero novissime mortuo qui patri ex semisse fuit heres : adeoque Falcidiam semissis duntaxat, seu (quod ad idem redit) sescunciam assis retinebit.

(2) Scilicet quum substitutio pupillaris pro parte ejus qui prior decesserit, defecerit : deficiunt quoque legata a substituto ejus relicta, id est, legata a substituto relicta, pro parte ejus qui prior decessit. Cujacius.

(3) *Vulgarem* hic intelligit frequentissimam illam pupillaris substitutionis speciem quæ fit ei *qui supremus morietur*. Ita Cujacius.

mourait la dernière, et cette fille impubère étant morte avant sa sœur qui était pubère, il a été décidé que cette substitution était nulle à l'égard de la première de ces sœurs, parce qu'elle n'était pas morte la dernière; et, à l'égard de l'autre, parce qu'elle n'était pas impubère ».

On demande, par rapport à cette dernière substitution, si, et dans la personne de qui elle a lieu, si les héritiers institués sont morts ensemble, c'est-à-dire, en même tems; sur quoi Africanus dit : « Un père a substitué un héritier à celui de deux impubères qui mourrait le dernier, et il a été répondu que cet héritier succéderait à l'un et à l'autre si ces deux impubères mouraient en même tems, parce que par le dernier mort on n'entendrait pas celui qui serait mort après l'autre, mais celui après la mort duquel l'autre ne survivrait pas ».

Et, en effet, ce substitué devient héritier lorsque les deux institués sont morts en même tems; mais, s'ils sont morts en différens tems, il n'héritera pas de l'un et de l'autre successivement; mais seulement du dernier mort, quoique par hasard il puisse trouver les biens du premier dans la succession du dernier; ce qui cependant ne revient pas au même, comme le remarque Papinien dans l'espèce suivante.

« Un père qui avait laissé pour héritiers deux fils impubères, leur avait substitué un héritier dans le cas où ils mourraient l'un et l'autre. Ces deux enfans périrent ensemble après la mort de leur père. Les deux successions furent déférées au substitué; s'ils étaient morts en tems différens, le substitué aurait trouvé les biens de l'un dans la succession de l'autre, mais la succession du premier (1) ne serait pas entrée dans le compte de la falcidie, et le substitué n'aurait pu demander en vertu du testament qu'un huitième de ses biens. Les legs dont le substitué était chargé par le premier mort *intestat*, seraient aussi devenus nuls (2) ».

Il reste encore à observer que « la substitution vulgaire (3), par laquelle on a substitué au dernier mourant, est validement faite encore qu'il n'y ait qu'un seul institué, à l'instar de la loi des douze Tables, d'après laquelle le seul agnat peut encore être appelé le proche agnat ».

---

(1) C'est-à-dire, qu'il ne retiendra pas la falcidie comme substitué au premier, mais seulement comme substitué au dernier qui avait hérité pour moitié de son père, et que par conséquent il ne retiendra que la falcidie de cette moitié, ou, ce qui revient au même, le quart de cette moitié et le huitième du tout.

(2) C'est-à-dire, que la substitution pupillaire n'ayant pas eu son effet pour la portion du premier mort, le legs dont il avait chargé le substitué n'aurait pas lieu davantage. Ainsi pense Cujas.

(3) Il entend ici par substitution vulgaire, l'espèce de substitution pupillaire qui se faisait fréquemment au dernier vivant. Cujas.

ARTICULUS III.

Quibus substitui pupillariter possit ?

XXXIX. « Moribus (1) introductum est ut quis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuor-decim annos perveniant, fœminæ ad duodecim ».

« Quod sic erit accipiendum, si sint in potestate. Cæterum emancipatis non possumus ».

« Posthumis plane possumus (2) ».

« Nepotibus etiam possumus, et deinceps si qui non recasuri sunt (3) in patris potestatem. Sed si eos patres præcedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint vel exheredati. Ita enim post legem Velleiam succedendo non rumpunt testamentum. Nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit. Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit (4), vel adrogaverit, filio præcedente ». *l.* 2. Ulpian. *lib.* 6. *ad Sab.*

XL. Non sufficit autem eum cui pupillariter substituitur, in potestate testatoris fuisse tempore substitutionis, nisi et tempore mortis fuerit.

Igitur, « quum filiæ vel nepoti qui locum filii tenuit aut post testamentum cœpit tenere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita ». *l.* 41. §. 2. Pap. *lib.* 6. *resp.*

XLI. « Substituere liberis tam heredibus institutis quam exhereditatis possumus ». *l.* 1. §. 2. Modest. *lib.* 2. *Pandectarum.*

---

(1) Ex interpretatione prudentum : vid. supra *n.* 1.

(2) Sufficit enim quod, si prius nati fuissent, in potestate testatoris fuissent nati.

(3) Nam aut pater qui eos præcedit, superstes erit testatori ; quo casu, quum in patris potestatem recidant, substitutio pupillaris eis facta valere non potest, quum hæc substitutio sit testamentum pupilli, filii autem familias testamentum habere non possint. Quod si pater eorum vivo testatore moriatur aut emancipetur : illi, succedendo in locum sui heredis, testamentum avi rumpunt : et sic adhuc fit ut evanescat substitutio pupillaris eis facta. Mox tamen subjicit quomodo eis substitutio pupillaris utiliter fieri possit ; nimirum si ex lege Velleia instituantur aut exheredentur : ut, patre qui eos præcedit mortuo aut emancipato, vivo testatore, non rumpatur testamentum, pupillarisque substitutio eis facta valeat.

(4) Male ex hac lege concludit Bartolus necesse non esse ut is, cui pupillariter substituitur, fuerit in potestate tempore substitutionis, modo fuerit tempore mortis. Nam hæc lex sic recte intelligitur, ut quis extraneum heredem scripserit, adoptaverit autem eum antequam ei substituat. Institutio autem ejus facta dum extraneus erat, impediet quominus rumpatur testamentum, si filio, qui præcedit, moriente, in sui heredis locum succedat.

ARTICLE III.

De ceux à qui on peut substituer pupillairement.

XXXIX. « Il a été reçu et admis dans l'usage (1) qu'on pouvait faire un testament pour des impubères âgés de moins de quatorze ans pour le sexe masculin, et de moins de douze ans pour le sexe féminin ».

« Ce qui s'entend de ceux qui sont sous la puissance paternelle, car on ne peut pas tester pour ses enfans émancipés ».

« On peut tester pour des posthumes (2) ».

« Nous pouvons également tester pour nos petits-fils et leurs descendans qui ne doivent pas retomber sous notre puissance (3); mais si leur père les précède, on ne peut leur substituer qu'autant qu'on les a institués héritiers ou déshérités; parce que depuis la loi Velleia ils succèdent sans casser le testament; car, lorsque le principal testament est cassé, la substitution pupillaire l'est également. Mais si le testateur a institué héritier un impubère étranger, il peut lui substituer pourvu qu'il l'ait adopté comme son petit-fils (4), ou adrogé pour succéder à son fils ».

XL. Toutefois, il ne suffit pas que celui à qui on a substitué pupillairement fût sous la puissance du testateur au tems de la substitution, s'il n'y était pas au tems de la mort du testateur.

D'où suit que, « lorsqu'un père a substitué à sa fille ou à son petit-fils, qui tenait la place de son fils, ou a commencé de la tenir depuis le testament, la substitution pupillaire sera nulle si le substitué n'était pas dans sa famille à la mort du testateur ».

XLI. « Nous pouvons substituer à nos enfans que nous avons institués héritiers ou déshérités ».

---

(1) D'après l'interprétation des prudens. Voyez ci-dessus, *n.* 1.

(2) Car il suffit qu'ils fussent nés sous la puissance du testateur, s'ils étaient nés avant sa mort.

(3) Car leur père qui les précédait a survécu au testateur; cas auquel la substitution pupillaire qui leur a été faite ne peut pas valoir, puisqu'ils sont retombés sous la puissance de leur père, et que cette substitution est un testament de pupilles qui ne peuvent pas en faire; mais si leur père meurt du vivant du testateur, ou est émancipé, en lui succédant ils cassent le testament de leur aïeul; et c'est ainsi que la substitution qui leur a été faite devient nulle. La loi ajoute cependant une manière dont la substitution pupillaire peut leur être faite utilement; savoir : s'ils sont institués ou déshérités en vertu de la loi Velleia, cas auquel le testament n'est pas cassé; et la substitution pupillaire est maintenue si leur père qui les précédait est mort ou a été émancipé du vivant du testateur

(4) C'est mal-à-propos que Barthole conclut de cette loi qu'il n'est pas nécessaire que celui à qui on a substitué pupillairement fût sous la puissance de son père au tems de la substitution, s'il y était au tems de la mort; car cette loi doit s'entendre en ce sens que le testateur ait institué héritier ou adopté l'étranger avant de lui substituer; or, l'institution faite en sa faveur pendant qu'il était étranger, empêche qu'il ne casse le testament si, à la mort du fils qui le précédait, il a pris la place de l'héritier sien.

XLII. Quamvis autem his duntaxat liberis, quos in potestate habemus, substituere pupillariter possimus, tamen et circa alios idem facere per æquipollens quodammodo possumus.

Exemplum affert Africanus : « Si mater ita testetur ut filium impuberem, *quum erit annorum quatuor-decim*, heredem instituat, eique pupillaribus tabulis *si sibi heres non erit*, alium substituat, valet substitutio (1) ». *l.* 33. African. *lib.* 2. *quæst.*

Aliud exemplum affert Javolenus : « Quum ex filio quis duos nepotes impuberes habebat, sed alterum eorum in potestate, alterum non, et vellet utrumque ex æquis partibus heredem habere, et, si quis ex his impubes decessisset, ad alterum partem ejus transferre ; ex consilio Labeonis, Ofilii, Cascellii, Trebatii, eum quem in potestate habebat, solum heredem fecit, et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, *quum in suam tutelam venisset*, legavit. Quod si is qui in potestate sua esset, impubes decessisset, alterum heredem ei substituit ». *l.* 39. Javol. *lib.* 1. *ex poster. Labeonis.*

ARTICULUS IV.

Quis pupillariter substitui possit ?

XLIII. Quemcumque instituere, eum etiam substituere possumus : « Et tam eum quem herede nobis instituimus, quam alterum ». *l.* 1. §. 2. *v. et tam.* Modest. *lib.* 2. *Pandect.*

Item et tam eum quem vulgariter huic filio substituimus quam alterum. Nam « filio impuberi in singulas causas alium et alium heredem substituere possumus ; veluti ut alius, si sibi nullus filius fuerit ; et alius, si filius fuerit et impubes mortuus fuerit, heres sit ». *d. l.* 39. §. 1.

XLIV. « Substitui liberis is etiam potest, qui post mortem ejus natus (2) fuerit, cui substitutus heres fuerit ». *l.* 17. Pomp. *lib.* 4. *ad Sab.*

XLV. Qui per leges caducarias hereditatem ex qua instituuntur capere non possunt, ii nec possunt capere hereditatem impuberis ex substitutione pupillari.

---

(1) Valde tamen differt a vera pupillari substitutione. Nam hic substitutus matri duntaxat heres erit, non filio ; nec si quid forte filius aliunde quæsivit, hoc habebit.

(2) Modo tamen sit posthumus suus testatori ; ut si filio meo impuberi substituam nepotem ex altero filio. Intellige *nepotem* posthumum *ex altero filio* meo præmortuo. Idem est et si substituam alterum filium meum posthumum. Igitur, quamvis pupillariter substitutus sit heres pupilli, tamen non ex persona pupilli, sed ex persona patris qui testamentum fecit, inspicitur an sit posthumus suus, qui heres potuerit institui.

XLII. Mais, quoique nous ne puissions substituer pupillairement qu'à nos enfans qui sont sous notre puissance, cependant nous le pouvons en quelque sorte par rapport aux autres d'une manière équivalente.

Africanus en rapporte un exemple : « Si une mère a testé de manière à instituer son fils impubère lorsqu'il aurait quatorze ans, et à lui substituer pupillairement un autre s'il n'était pas son héritier, la substitution sera maintenue (1) ».

Javolenus en rapporte un autre exemple : « Un père avait deux petits-fils impubères par son fils ; mais l'un était sous sa puissance et l'autre n'y était pas. Il voulait cependant les instituer pour héritiers par portions égales, et que si l'un d'eux mourait impubère, l'autre en héritât. Par le conseil de Labéon, d'Ofilius, de Cascellius et de Trebatius, il institua héritier celui qui était sous sa puissance, et légua à l'autre la moitié de sa succession lorsqu'il tomberait sous la tutelle de son frère, mais à condition que si celui qui était sous sa puissance mourait impubère, l'autre en serait héritier par substitution ».

ARTICLE IV.

De ceux qui peuvent être substitués pupillairement.

XLIII. On peut instituer et même substituer toute personne quelconque, « tant celui que nous avons institué héritier que tout autre ».

« Et tant celui que nous avons vulgairement substitué à notre fils, que tout autre, car « nous pouvons substituer à notre fils impubère pour tous les cas, tant notre héritier institué que tout autre, et dire, par exemple, que tel sera son héritier s'il n'a pas de fils, tel, s'il a un fils et que ce fils meure impubère ».

XLIV. « On peut substituer à ses enfans, même celui qui serait né (2) après celui auquel il était substitué ».

XLV. Ceux qui ne peuvent pas recevoir la succession pour laquelle ils étaient institués à cause des lois sur le droit caducaire, ne peuvent pas non plus recevoir celle d'un impubère en vertu d'une substitution pupillaire.

---

(1) Cette substitution diffère néanmoins beaucoup de la substitution pupillaire ; car ce substitué ne sera héritier que de la mère, et n'aura rien de ce que le fils aurait acquis d'ailleurs.

(2) Pourvu cependant qu'il soit le posthume sien du testateur ; comme si je substituais à mon fils impubère un petit-fils par son frère. On entend ici que le petit-fils posthume sera mort le premier : il en est de même si je substitue un autre fils mon posthume. Ainsi, quoique l'héritier du pupille soit pupillairement substitué, on le considère cependant comme posthume sien, et pouvant être institué, non dans la personne du pupille, mais dans celle du père qui a fait le testament.

An autem talis fuerit quis, tempore delatæ substitutionis pupillaris inspicitur.

Hinc, « si is, qui heres institutus est, filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc (1) capere possit, quum filius decessit. Contra quoque potest pœnas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non (2) sit ». *l.* 11. Paul. *lib.* 1. *ad Sab.*

ARTICULUS V.

De effectu substitutionis pupillaris.

XLVI. Substitutionis pupillaris is effectus est, ut si pupillus, cui substitutum est decedat impubes, substituto ex testamento hereditas impuberis deferatur.

Hinc Diocletianus et Maximianus : « Si testamento jure facto, intra pupillarem ætatem et in sua potestate constitutæ filiæ, *si intra pubertatem decesserit*, directis verbis pater substituit heredem te factum eo testamento, post eventum conditionis, intestati successionem exclusisse constat ». *l.* 7. *cod.* 6. 26. *de impub. et aliis substitut.*

XLVII. Non solum ea quæ pupilli ex hereditate paterna habuerunt, sed etiam « ad substitutos pupillares pertinent, et si quæ postea pupillis obvenerint. Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, quum et exheredato substituere quis possit ». *l.* 10. §. 5. Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Hoc tamen exceptiones patitur. Prima statim subjicitur : « Nisi mihi proponas (3) militem esse qui substituit heredem, hac mente ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quæ a se ad institutum pervenerunt ». *d.* §. 5. *v. nisi mihi.*

Secunda exceptio : « In adrogato quoque impubere dicimus ad substitutum ejus ab adrogatore datum, non debere pertinere ea, quæ haberet, si adrogatus non esset (4); sed ea sola quæ ipse ei dedit adrogator. Nisi forte distinguemus, ut quartum quidem quam

(1) Puta, quamvis quum pater mortuus est, cœlebs esset, nec intra annum a morte patris legi paruerit uxorem ducendo; tamen si, quum filius, cui substitutus est, decessit, sit uxoratus, aut saltem intra annum uxorem accipiat, pupilli hereditatem ex substitutione capere poterit.

(2) V. G. Non proderit ei quod tempore mortis testatoris uxorem habuerit, si tempore mortis pupilli cœlebs sit, et intra annum legi non pareat.

(3) Ratio hujus exceptionis petitur ab amplissima libertate quam miles habet testandi quomodo velit : de qua *lib. seq. tit.* 1. *de testam. mil.*

(4) Ratio est quia adrogator cavet ea bona se restituturum agnatis cognatisve proximis adrogati, si adrogatus ante pubertatem decesserit. Vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 7. *de adoptionib*

C'est au tems où la substitution pupillaire est déférée, qu'on examine si le substitué est dans ce cas.

C'est pourquoi « si celui qui a été institué héritier a été substitué au fils, il ne sera point empêché de profiter de la subtitution s'il a capacité pour la recevoir à la mort du fils (1); et il pourra au contraire être soumis à des peines par le testament du pupille, quoiqu'il n'y fût pas soumis par celui du père (2) ».

ARTICLE V.

Des effets de la substitution pupillaire.

XLVI. L'effet de la substitution pupillaire est que si le pupille a qui l'on a substitué est mort impubère, la succession de l'impubère est déférée au substitué en vertu du testament.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Il est constant que si le père, par un testament légalement fait pour sa fille qui était sous sa puissance et encore pupille, vous a substitué directement dans le cas où elle mourrait avant l'âge de puberté, il a par le même testament exclus sa succession s'il mourait sans tester par lui-même ».

XLVII. Non-seulement ce qui revenait aux pupilles de la succession paternelle, mais encore « ce qui pourait leur être obvenu d'ailleurs, appartient à ceux qui leur sont pupillairement substitués, parce que le testateur ne les a pas seulement substitués à ses biens, mais encore à ceux de l'impubère, puisqu'on peut substituer même à un enfant déshérité ».

Ce qui toutefois est susceptible de quelques exceptions. La loi énonce : la première immédiatement, « à moins que vous ne disiez (3) que celui qui a substitué était militaire et qu'il a voulu que son substitué n'eût que ce qui lui serait parvenu comme institué ».

Seconde exception : « Mais par rapport à l'adrogé impubère, il est dit que celui qui lui a été subrogé par l'adrogateur ne doit pas avoir ce qu'il aurait eu s'il n'eût pas été adrogé (4), mais seulement ce que l'adrogateur lui a donné, à moins qu'on ne distin-

(1) Par exemple, quoiqu'il fût célibataire quand le père est mort, et qu'il n'ait pas dans l'année satisfait à la loi en se mariant : si cependant il était marié à la mort de celui à qui il a été substitué, ou s'est marié dans l'année d'après, il pourra prendre la succession du pupille en vertu de la substitution.

(2) Par exemple, il lui sera inutile d'avoir eu une femme à la mort du testateur, s'il était encore célibataire à la mort du pupille et ne s'est pas marié dans l'année.

(3) La raison de cette exception se tire de la grande liberté qu'avaient les militaires de tester comme il leur plaisait. Sur quoi voyez, dans le livre suivant, le titre *du testament militaire*.

(4) La raison en est que l'adrogateur donne caution de restituer ces biens au plus proches agnats ou cognats de l'adrogé, s'il meurt avant l'âge de puberté. Voyez ci-dessus, *liv.* 1, le titre *de l'adoption*.

omnimodo ex rescripto divi Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, at superfluum habeat. Scævola tamen, libro 10. Quæstionum, putat vel hoc adrogatori permittendum(1). Quæ sententia habet rationem. Ego etiam amplius puto, et si beneficio adrogatoris acquisivit, et hæc substitutum posse habere : ut puta adrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquit ». *d. l.* 10. §. 6.

XLVIII. Est et tertius casus quo in substitutione pupillari diversa causa est bonorum quæ pupillus a testatore habuit. Nimirum « si is, qui ex bonis testatoris solidum capere non possit(2), substitutus sit ab eo impuberi filio ejus, solidum ex ea causa capiet, quasi a pupillo capiat : sed hoc ita interpretari Julianus noster videtur, ut ex bonis, quæ testatoris fuerant, amplius capere non possit. Quod si pupillo aliquid præterea acquisitum esset, aut si exheredato esset substitutus, non impediri eum capere, quasi a pupillo capiat ». *l.* 16. Terent.-Clem. *lib. 4. ad leg. Jul. et Pap.*

XLIX. Extra hos casus, in substitutione pupillari una et individua causa est bonorum quæ pupillus a testatore et eorum quæ aliunde habuit.

Hinc Ulpianus : « Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est; extitit patri filius heres : an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest; sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius : juncta enim hereditas cœpit esse ». *l.* 10. §. 2. Ulp. *lib. 4. ad Sab.*

« Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero. Nam neque filii hereditatem habere possum ». *d. l.* 10. §. 3..

Hæc absque dubio sunt quum pupillus patris hereditatem amplexus erat. Quid vero si se abstinuerat? Lis fuit inter jurisconsultos. Ita enim consultus Javolenus :

« Paterfamilias impuberi filio, *si ante pubertatem decessisset*, » substituit heredem. Is filius paterna hereditate se abstinuit, ideo- » que bona patris vænierunt. Postea filio hereditas obvenit; qua » adita, decessit. Quæro, quum prætor in ipsum pupillum, quam- » vis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actio- » nem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit » actio, quum ex bonis paternis, quæ scilicet ad creditores missos

(1) Id est, ut etiam hæc quarta non excludatur a substitutione pupillari. De qua re tamen videri dubium poterat, quia hanc velut æs alienum a testatore impubes consequitur : unde arrogator non videtur ei dedisse.

(2) Puta, mulier quæ ex testamento viri capere solidum non potest in casibus lege Papia definitis : de quo Ulpianus in *fragm. tit.* 16.

gue pour dire qu'il ne peut pas avoir le quart que le testateur devait lui laisser en vertu du rescrit d'Antonin-le-Pieux, mais qu'il doit avoir le surplus. Scævola dit cependant, *au liv.* 10 *des questions*, que cela peut être permis à l'adrogateur (1), et cette opinion est fondée; je pense même de plus, que son substitué peut avoir ce qu'il a acquis par les bienfaits de l'adrogateur, s'il lui a fait quelques legs à titre de parent ou d'ami ».

XLVIII. Il y a encore un troisième cas dans lequel on distingue les biens que le pupille a reçus du testateur, par rapport à la substitution pupillaire. Voici ce cas : « Si celui qui ne pouvait pas recevoir toute la succession du testateur (2) a été substitué par lui à son fils impubère, il pourra la recevoir tout entière comme héritier du pupille; toutefois notre jurisconsulte Julien semble interpréter cette loi en ce sens qu'il ne pourra pas recevoir d'autres biens que ceux du testateur; mais que si le pupille en avait acquis ou avait été substitué à un autre fils déshérité, il pourrait encore les recevoir comme héritier du pupille ».

XLIX. Hors ces cas, il n'y a point de distinction entre les biens que le pupille a reçus du testateur, et ceux qui lui sont obvenus d'ailleurs, par rapport à la substitution pupillaire.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Un individu a été substitué à un fils impubère institué héritier pour l'intégralité de la succession. Le fils a été héritier de son père; le subtitué devra-t-il avoir la succession du fils et ne point avoir celle du père; et il ne le peut pas; il doit avoir l'une et l'autre ou n'en avoir aucune, parce qu'elle n'en ont fait qu'une dans la personne du fils ».

» Il en sera de même si un père m'a institutué héritier pour moitié, et son fils pour l'autre moitié, et que j'aie renoncé à la succession du père; car je ne pourrai plus demander celle du fils ».

Et à cet égard il ne peut y avoir de doute lorsque le pupille avait accepté la succession de son père; mais que faut-il dire s'il ne l'a pas acceptée? Les jurisconsultes ont été partagés sur cette question, car Javolenus dit :

» Un Père de famille avait substitué un héritier à son fils impu-
» bère s'il mourait avant sa majorité. Ce fils n'a point accepté la
» succession de son père, et par conséquent les biens de cette suc-
» cession furent vendus. La succession revint ensuite à ce fils, qui
» mourut après l'avoir acceptée. On demandait si le préteur, n'ayant
» point donné d'action aux créanciers du père contre le pupille lui-
» même, bien qu'il eût eu la succession; on devait leur en donner

(1) C'est-à-dire, que cette quarte n'est pas exclue par la substitution pupillaire. On pouvait cependant en douter, parce que l'impubère l'obtient comme dette du testateur, d'où suit que l'adrogateur n'est pas censé la lui avoir donnée.

(2) Par exemple, une femme à qui son mari ne peut pas donner tous ses biens par testament dans les cas fixés par la loi Papia. Sur quoi voyez Ulpien, *dans ses fragmens*, *tit.* 16.

» ad bona pertinent, nihil acquirat; et quum creditores nihil juris » in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit adiretur » necne hereditas, quum ea bona, omissa a substituto hereditate, » ad creditores non pertinerent? Me illud maxime movet quod præ» ceptoribus tuis placet, unum esse testamentum ». Respondit: quod prætor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, præstat, ne bonis patris ejus venditis in eum actio detur, (et) tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat, idem in substituto filio herede servandum non est; quoniam filii pudori parcitur ut potius patris, quam ejus bona væneant. Itaque in id quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur; quia ex adventitio adquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At quum substitutus filio hereditatem (1) adiit (postquam pupillus (2) se paternæ miscuerit hereditati) tunc hereditas et patris et filii una (3) est; et in omni ære alieno quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur. Et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona væneant: ita ne separare quidem æs alienum patris et filii poterit; quo casu efficietur ut creditoribus in eum actio dari debeat. Quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris, in id quod pupillus reliquit, actio dari non debet; quoniam neque pupilli bona vænire debent propter æs alienum patris, neque in bonis patris est quod pupillus acquisiit ». *l.* 28. *ff.* 42. 5. *de reb. auctor. jud. possid.* Javol. *lib.* 1. *epist.*

---

(1) Filii.

(2) Inclusa parenthesi censet Antonius Faber (*conjectur.* 2. 2.) esse glossema imperiti alicujus interpretis. Nec enim videntur convenire his quæ tractantur in hac lege, cujus species est de eo qui substitutus est pupillo qui se abstinuit hereditate. Cujacio nihil in hoc textu spurium videtur, censetque in specie hujus legis pupillum se quidem abstinuisse paterna hereditate, sed postquam jam prius illi se immiscuisset: et inde esse quod substitutus huic pupillo creditoribus hereditatis paternæ obligetur; per hanc enim immixtionem factum esse, ut una esset hereditas patris et pupilli. Mihi satis placet conjectura Fabri; nec interesse puto an pupillus qui se abstinuit, se primo immiscuerit, nec ne.

(3) Filius, quamvis se patris hereditate abstinuerit, tamen ipso jure est heres patris; et per hoc confirmatur substitutio pupillaris, quæ alioquin, nemine ex testamento patris herede existente, corrueret. Quum igitur substitutus, in hereditate filii quam ex judicio patris consequitur, inveniat titulum heredis patris, fit in ejus persona una hereditas et filii et patris. Nec potest gaudere abstinendi beneficio quod habebat filius, et quod haberet etiam heres legitimus filii: nec enim potest substitutus detrectare onera hereditatis testatoris, quum ex ejus judicio hereditatem impuberis consequatur. His rationibus suam Javolenus adstruebat sententiam, quam mox videbimus fuisse improbatam.

» contre ce substitué; comme ce substitué ne possédait rien des » biens du père dont les créanciers avaient été envoyés en pos- » session, et que les créanciers n'avaient aucun droit sur ceux du » pupille, il leur était indifférent que sa succession fût ou ne fût » pas acceptée, parce que les biens ne leur en auraient pas appar- » tenu quand le substitué y aurait renoncé; et ce qui me paraît mé- » riter considération dans l'espèce, c'est que nos maîtres ont dé- » cidé qu'il n'y avait qu'un seul testament ». Il fut répondu que bien que le préteur ne donnât point action contre le fils qui avait renoncé à la succession de son père après la vente des biens de ce dernier, même lorsque cette succession lui était revenue; il n'en était pas de même de son substitué, parce que c'était pour l'honneur du fils qu'on avait vendu les biens de son père plutôt que les siens; et qu'on n'avait point donné d'action aux créanciers de son père contre les biens qui lui étaient obvenus depuis, parce qu'ils ne lui étaient pas revenus de son père, et qu'ils étaient considérés comme biens obventices; au lieu que quand le substitué du fils a accepté la succession de ce fils (1), après que celui-ci s'était immiscé dans la succession de son père (2), les successions du père et du fils n'en forment qu'une (3), et l'héritier est tenu de toutes les dettes de l'une et de l'autre; d'ailleurs, comme il n'est pas en son pouvoir après cette obligation d'empêcher que tous les biens ne soient vendus, il ne lui est pas non plus libre de distinguer les dettes du père de celles du fils, ce qui fait qu'on doit donner action contre lui à ses créanciers; toutefois si cet héritier substitué

(1) Du fils.

(2) Antoine Dufaur, *conject.* 11, 2, pense que les mots renfermés dans cette parenthèse sont une glose de quelque interprète ignorant, parce qu'ils ne lui paraissent pas s'accorder avec l'objet de cette loi, dont l'espèce est celle d'un héritier substitué à un pupille qui n'a point accepté la succession. Cujas, au contraire, pense qu'ils en doivent faire partie; et que dans l'espèce de cette loi le pupille s'est à la vérité abstenu de la succession de son père, mais après s'y être immiscé; d'où suit que celui qui est substitué à ce pupille, est obligé envers les créanciers de la succession paternelle, parce que le fils s'étant immiscé dans cette succession, la succession de son père et la sienne n'en font qu'une. J'approuve assez la conjecture de Dufaur; et je pense qu'il est indifférent que le pupille qui s'est abstenu de la succession de son père s'y fût d'abord immiscé.

(3) Le fils, nonobstant sa renonciation à la succession de son père, en est cependant héritier de droit; ce qui confirme la succession pupillaire, qui s'évanouirait s'il en était autrement dans le cas où personne ne serait héritier du père en vertu de son testament. Comme donc le substitué trouve dans la succession du fils, qu'il obtient en vertu du testament du père, le titre d'héritier de ce dernier, sa succession et celle du fils ne deviennent qu'une seule succession dans sa personne, et il n'a pas le droit de s'abstenir comme l'avait le fils, et comme l'aurait son héritier légitime, parce qu'un substitué ne peut pas repousser les charges de la succession du testateur dont les dernières volontés l'ont fait héritier de l'impubère. Telles étaient les raisons sur lesquelles Javolenus appuyait son opinion qui a été rejettée, comme on va le voir.

Julianus in eadem sententia fuit ac Javolenus. Verum hanc improbat Marcellus, ut ex Ulpiano discimus. Ita ille : « Julianus, libro 26 Digestorum, scripsit : si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit. Inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum. Quæ sententia a Marcello recte notata (1) est. Impugnat enim utilitatem pupilli (2) qui ipse saltem potest habere successorem : metu enim onerum patris, timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin (3) (inquit) et si frater fuit, omissa causa testamenti, ab intestato possidebit hereditatem : et quidem impune. Nec enim videtur voluisse fraudare edictum (4), qui sibi prospicit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris. Cæterum, utique si frater a patre fratri substitutus sit impuberi, sine dubio necessarius heres existet ». *l.* 42. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel omitt. hered.* Ulp. *lib.* 4. *disp.*

Marcelli sententiam probat etiam Papinianus. Ita ille : « Si filius

(1) Hanc legem ita conciliare cum lege 28. *ff.* 42. 5. *de reb. auctor. jud. possid.* mox supra relata tentat Cujacius, ut d. lex 28. sit in specie in qua pupillus se abstinuit postquam se immiscuisset ; hanc autem *l.* 42. esse in specie qua se nunquam immiscuerit. Sed hæc solutio non placet. Quum enim pupillus, postquam se immiscuit, obtinuit ut posset abstinere, perinde est ac si nunquam se immiscuisset : hereditas patris in ipsius hereditate non magis hoc casu continetur. Malim igitur dicere a Javoleno et a Juliano Sabinianæ scholæ jurisconsultis dissensisse Marcellum diversæ sectæ addictum, et Marcelli sententiam prævaluisse.

(2) Marcellus profundius scrutatur ad quid porrigatur beneficium abstinendi. Quum in gratiam *sui* heredis introductum sit, ei locus esse debet, quoties hujus *sui* heredis interest. Atqui, non solum ejus interest ne ipse a creditoribus paternis conveniatur, sed etiam ipsius interest ne substitutus ejus teneatur. Ipsius enim interest ut possit heredem habere, quem forte habere non posset, si substitutus metu æris alieni paterni ab adeunda pupilli hereditate dissuaderi posset.

(3) Quod si contra eam sententiam ex sententia Juliani dicatur non posse substitutum ex substitutione pupillari adeundo separare utramque hereditatem, testatoris et pupilli : poterit, si frater est, sibi consulere alio modo, et æs alienum testatoris vitare ; scilicet omittendo causam substitutionis pupillaris, et adeundo hereditatem legitimam pupilli : nec videbitur incidere hoc casu in edictum *si quis omissa causa*, etc. quia non hoc facit in fraudem legatariorum, sed ut sibi prospiciat adversus æs alienum patris.

(4) De qua infra, *lib. seq. tit.* 4. *si quis omissa causa*, etc.

n'a pas acccepté la succession, on ne doit pas donner action aux créanciers du père sur la succession du fils, parce que les biens du fils n'ont pas dû être vendus pour les dettes du père, et que ce qu'il a acquis ne fait pas partie des biens du père ».

Julien a été sur cette matière de la même opinion que Javolenus; mais Marcellus la combat, comme nous l'apprend Ulpien. « Julien, dit-il, a écrit, au *liv.* 26 *du Digeste*, que si un pupille n'a pas accepté la succession de son père, son héritier n'est pas forcé de répondre aux créanciers du père, à moins qu'il ne lui fût substitué, parce qu'il incline à penser que ce substitué est soumis aux charges du père; opinion que Marcellus critique avec raison (1), puisqu'il importe au pupille (2) d'avoir un successeur, et que la crainte des créanciers de son père pourrait empêcher d'accepter sa succession; d'ailleurs, dit-il (3), son frère pourrait impunément posséder sa succession *ab intestat* en renonçant au testament; car il ne serait pas censé avoir voulu faire une fraude contre l'édit (4), en pourvoyant à ce que la succession du pupille ne fût pas passible des dettes du père; mais je pense que ce qu'il dit du frère s'entend du frère du testateur et non de celui de l'impubère. Au reste, si un frère a été substitué à son frère impubère par le père commun, il sera indubitablement son héritier nécessaire ».

Papinien approuve aussi l'opinion de Marcellus. « Si, dit-il, un

(1) Cujas s'efforce de concilier cette loi avec la loi 28, *ff. des choses possédées en vertu de l'autorité du juge*, rapportée ci-dessus, de manière que l'espèce de cette loi 28 soit celle d'un pupille qui s'est abstenu après s'être immiscé; et cette loi 42, celle d'un pupille qui ne s'est pas immiscé. Mais cette explication n'est pas approuvée, parce que, lorsqu'un pupille, après s'être immiscé, a obtenu la faculté de s'abstenir, c'est comme s'il ne s'était jamais immiscé, et la succession de son père n'est pas plus confondue avec la sienne. Il vaut donc mieux dire que Marcellus, attaché à une autre école que Javolenus et Julien, qui étaient Sabiniens, a pensé autrement qu'eux, et que son opinion a prévalu.

(2) Marcellus a examiné plus à fonds à quoi s'étendait la faculté de s'abstenir, qui, ayant été introduite en faveur de l'héritier sien, doit avoir lieu toutes les fois que l'héritier sien y a intérêt : or, il a non-seulement intérêt à n'être pas actionné par les créanciers de son père, mais encore à ce que son substitué ne puisse pas l'être; car il a intérêt à avoir un héritier qu'il ne pourrait peut-être pas avoir si la crainte des dettes de son père pouvait empêcher d'accepter la succession.

(3) Mais si l'on dit, contre cette opinion, et d'après celle de Julien, que le substitué ne peut pas, en acceptant la succession en vertu de la substitution pupillaire, séparer la succession du testateur de celle du pupille; il pourra, s'il est le frère de ce dernier, pourvoir d'une autre manière à s'exempter de payer les dettes du testateur, c'est-à-dire, en renonçant à la substitution pupillaire et en acceptant la succession légitime du pupille, parce qu'en ce cas il n'encourra pas la peine de l'édit *contre ceux qui abandonnent le testament pour succéder* ab intestat, *etc.*, parce qu'il n'agit pas en fraude des légataires, et qu'il prend les moyens de ne pas payer les dettes du père.

(4) Dont on parlera dans la suite ou titre *de ceux qui abandonnent le testament pour succéder* ab intestat, *etc.*, *liv.* 29.

qui patri, ac postea fratri (1) ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Justius enim prætorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit. Etenim jus dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere. Præsertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis præstari debent, habita ratione facultatum in Falcidia, non patris (ut alias solet), sed impuberis ». *l.* 12. Pap. *lib.* 3. *quæst.*

Articulus VI.

Quando deficiat substitutio pupillaris?

L. 1°. Corruente testamento paterno substitutio pupillaris corruit.

V. G. Nam et si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur ». *l.* 16. §. 1. *v. nam et*, Pompon. *lib.* 3. *ad Sab.*

Obiter nota : « Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat *si vivo se filius decedat*, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet in quo filius præteritus (2) sit. ». *d.* §. 1. *v. sed si.*

LI. Item, si testamentum paternum non adita ex eo paterna hereditate deficiatur, corruet et substitutio pupillaris, ut jam supra vidimus. Ita adhuc docet Ulpianus : « Si ex asse heres institutus, filio exheredato substitutus, repudiaverit patris hereditatem; quum non haberet substitutum (3), non poterit filii adire. Nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas. Nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit ». *l.* 10. §. 4. Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Cæterum sufficit ut, sola subtilitate juris, aliquis testatori heres ex ejus testamento extiterit.

Enimvero, « si a patre institutus, rogatusque hereditatem restituere, coactus ex fideicommissario adierit; quamvis cætera quæ in eodem testamento relicta sunt, per eam aditionem confirmentur (ut legata et libertates); secundas tamen tabulas non oportere resuscitari destituto jam jure civili testamento, Q. Cervidius-Scæ-

(1) Exheredato scilicet, aut qui se bonis paternis abstinuerit.

(2) Hinc manifeste liquet, *liberos* (ut aiunt) *in conditione positos* non intelligi esse *in dispositione*.

(3) Per cujus aditionem potuisset testamentum patris confirmari.

fils institué héritier par son père, et devenu depnis héritier de son frère par un second testament (1), renonce à la succession de son père pour accepter celle de son frère, il faudra l'écouter; car je pense que le préteur fera justice en lui permettant de séparer les biens de son frère de ceux de son père. En effet, on lui propose de libérer les enfans des charges héréditaires qu'ils n'ont point acceptées, et de ne pas les priver malgré eux de la succession, surtout puisque ce frère, en renonçant au testament de son père, aurait la succession légitime de son frère en vertu du second testament; il suit de là qu'il ne serait tenu que des legs en vertu de ce second testament, sauf la falcidie en raison des facultés, non du père, comme dans les cas ordinaires, mais de l'impubère ».

ARTICLE VI.

Quand la substitution pupillaire cesse d'avoir lieu.

L. 1°. La substitution pupillaire cesse d'avoir lieu avec le testament qui la contenait.

Par exemple, « si un père avait fait un testament pour lui et pour son fils, puis en avait fait un autre pour lui seulement, les deux premiers seraient annullés par le dernier ».

Remarquez en passant que, « si le père a fait son second testament de manière à instituer un héritier si son fils mourait avant lui, on peut dire que le premier n'est pas annullé, parce que l'omission de son fils annulle le second (2) ».

LI. Et si le testament du père s'évanouit à défaut d'acceptation de sa succession, la substitution pupillaire tombera avec lui comme on l'a déjà vu ci-dessus. Voici comment Ulpien nous l'apprend encore : « Si un héritier institué pour toute la succession est substitué au fils déshérité, et renonce à la succession du père, n'ayant point de substitué (3) il ne pourra pas accepter celle du fils; car le testament du fils ne vaut qu'autant que la succession du père a été acceptée, parce qu'il ne suffit pas, pour faire valoir le second testament, que le premier ait été fait de manière à donner le droit d'accepter la succession ».

Mais il suffit que quelqu'un ait été héritier du testateur en vertu de son testament, d'après la subtilité du droit.

En effet, « si l'héritier institué par le père et chargé de restituer la succession, a été forcé à l'accepter par le fidéicommissaire, quoique toutes les autres dispositions de ce testament, telles que les legs et les libertés, soient confirmés par cette acceptation, ce testament ayant été annullé par le droit civil, le second ne doit

(1) De son frère déshérité, ou qui s'est abstenu de la succession paternelle.

(2) De là résulte évidemment cet axiome, que les enfans placés dans la condition ne le sont pas pour cela dans la disposition.

(3) Dont l'adition puisse confirmer le testament du père.

non efficitur per eam ut is qui nulla bona (1) in civitate reliquit, heredes habeat. Quare etiam, si pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre, in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege XII Tabularum, non filii ex lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet ». *l.* 28. Julian. *lib.* 62. *digest.*

Idem docet Scævola : « Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant; quamvis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit (2), nisi reversus in civitate impubes decedat; quanquam (3) et si ambo in civitate decessissent, veniret substitutus ». *l.* 29. Scæv. *lib.* 15. quæst.

LIII. 3°. Deficit etiam pupillaris, si strictum jus spectemus, quum impubes causa cognita adrogatus alieni juris decedit. Verum hoc casu succurritur substituto per utiles actiones. Ita enim Papinianus : « Causa cognita impubes adrogatus decesserat. Quemadmodum legitimis heredibus auctoritate principali prospicitur vinculo cautionis (4), ita, si forte si substituit naturalis pater impuberi, succurrendum erit substituto. Nam et legitimis heredibus futuris, non aliæ, quam utiles (5) actiones præstari possunt ». *l.* 40. Papin. *lib.* 29. quæst.

LIV. 4°. Maxime autem deficit substitutio pupillaris, quum pupillus, cui substitutum est, pubertatem attigit. Quinetiam « in pupillari substitutione, licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate». *l.* 14. Pomp. *lib.* 29. *ad Sab.*

(1) Sensus est : lex Cornelia non potest efficere ut is filius, qui vivo patre captus est dum erat filiusfamilias, adeoque antequam ulla bona habere potuerit, heredes habeat. Lex Cornelia eum qui apud hostes decedit, fingit mortuum tunc quum captus est : frustra autem fingetur captivus ille tunc mortuus, quum tunc filiusfamilias esset, nullaque bona haberet, adeoque heredes habere non posset.

(2) Quia quamvis pater fingatur mortuus quum captus est, tamen non defertur ejus hereditas, nisi ex quo demum momento mortuus est. Nec enim potest deferri dum speratur ejus reditus. Eo autem tempore quo moritur pater, filius captivus est, adeoque non potest ei deferri. Ergo filius patri heres non extitit, nulla bona habuit, adeoque substitutio pupillaris inutilis est. Si filius reversus esset, fictione postliminii fingeretur semper in civitate mansisse, adeoque et ipse patri heres extitisset, et substitutio locum habuisset.

(3) Ita legit Cujacius, pro *quoniam*.

(4) De qua cautione vid. *instit. lib.* 1. *tit.* 11. *de adopt.*

(5) *Utiles*, quia filiusfamilias heredem jure civili habere non potest. Igitur et ejus substituto dabuntur *utiles* actiones.

loi Cornelia ait lieu, parce qu'elle ne fait pas que celui qui n'a laissé aucuns biens (1) à Rome ait des héritiers. C'est aussi pourquoi, si un fils pubère a été pris par les ennemis du vivant de son père, et qu'ensuite son père étant mort à Rome, il soit mort lui-même au pouvoir des ennemis, l'hérédité passe, en vertu de la loi des douze Tables, et non celui du fils en vertu de la loi Cornelia, au plus proche agnat ».

Scævola professe les mêmes principes. « Si un père a été pris par les ennemis, que son fils l'ait été ensuite, et qu'ils meurent tous deux captifs, quoique le père soit mort le premier, le substitué du pupille ne profitera pas de sa substitution en vertu de la loi Cornelia (2), à moins qu'il ne soit mort impubère après son retour à Rome; parce que (3) s'ils étaient morts tous deux à Rome, le substitué aurait eu leur succession ».

LIII. 3°. La substitution pupillaire cesse aussi d'avoir lieu, dans la rigueur du droit, lorsque l'impubère adrogé en connaissance de cause meurt sous la puissance d'autrui; mais dans ce cas on subvient au substitué par des actions utiles; car Papinien dit : « Un impubère adrogé en connaissance de cause était mort : comme on subvient aux légitimes héritiers au moyen d'une caution (4), par la permission du prince, de même si un père naturel a substitué quelqu'un à son fils impubère, on viendra au secours de ce substitué, et en effet on ne peut donner que des actions utiles aux héritiers légitimes eux-mêmes (5) ».

LIV. 4°. Mais la substitution pupillaire cesse surtout lorsque le pupille auquel on avait substitué a atteint sa majorité; et même « quelle que ait été la durée de la substitution pupillaire, elle finit à la majorité ».

---

(1) Le sens est que la loi Cornélia ne peut pas faire que ce fils qui a été pris du vivant de son père, et pendant qu'il était fils de famille, c'est-à-dire, avant qu'il pût avoir aucuns biens et des héritiers. La loi Cornelia suppose que celui qui est mort chez les ennemis est mort du jour qu'il a été pris; mais ce captif serait inutilement supposé mort lorsqu'il était fils de famille, qu'il n'avait aucuns biens, et par conséquent ne pouvait pas avoir d'héritiers.

(2) Parce que, bien que le père soit censé mort du jour qu'il a été pris, sa succession n'est cependant déférée que du jour où il est réellement mort, parce qu'elle ne peut pas l'être tant qu'on espère son retour. Or, le fils est supposé captif à la mort de son père, et par conséquent sa succession ne peut pas lui être déférée. Il n'a donc pas hérité de son père, il n'avait aucuns biens, et par conséquent la substitution pupillaire est nulle; mais s'il était revenu on supposerait, par la fiction du droit de retour, qu'il serait toujours demeuré à Rome, et que par conséquent il aurait hérité de son père, auquel cas sa substitution aurait lieu.

(3) Ainsi lit Cujas au lieu de *quoniam*.

(4) Sur laquelle voyez *instit. tit. de l'adopt.*

(5) Des actions utiles, parce qu'un fils de famille ne peut pas avoir d'héritiers suivant le droit civil, c'est pourquoi on donne des actions utiles à son substitué.

Hinc Papinianus : « Verbis civilibus (1) substitutionem post quartum decimum annum ætatis frustra fieri convenit.

« Sed qui non admittitur ut substitutus, ut adjectus heres quandoque non (2) erit; fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim quod ei testamento pater dedit ». *l.* 7. Papin. *lib.* 6. resp.

Nec miles ultra hoc tempus substitutionem pupillarem porrigere potest. V. G. « centurio filiis, si intra quintum et vicesimum annum ætatis sine liberis vita dicesserint, directo substituit. Intra quatuordecim annos etiam propria bona filii substitutus jure communi capiet; post eam autem ætatem, ex privilegio (3) militum, patris duntaxat cum fructibus inventis in hereditate ». *l.* 15. Papin. *lib.* 6. resp.

LV. Non potest quidem ultra pubertatem, substitutionem pupillarem porrigere testator. At contra potest illam angustiori termino concludere.

« Ergo et ad breve tempus ætatis substituere potest : ut puta, si filius meus intra annum decimum decesserit, Titius ei heres esto » *l.* 38. §. 1. Paul. *lib. sing. de secundis tabul.*

Igitur « si ita quis substituerit, *si filius meus intra decimum annum decesserit*, *Seius heres esto*; deinde hic ante quartumdecimum, post decimum, decesserit, magis est ut non possit possessionem substitutus petere : non enim videtur in hunc casum substitutus ». *l.* 21. Ulp. *lib.* 41. *ad ed.*

« Itaque et si diversos substituat post finem ætatis, admittendum erit : veluti, *si intra decimum annum decesserit*, *Titius heres esto : si post decimum*, *intra quartum-decimum*, *Mævius heres esto* ». *d. l.* 38. §. 2.

« Item quæro : Si ita facta proponatur substitutio, *filius meus*

(1) Id est, directis. Nam per fideicommissum ultra pubertatem substitui potest.

(2) Eum quem pater post pubertatem filio substituit, potuisset quidem adjicere filio coheredem, sub hac conditione : *si filius meus intra vicesimum annum ætatis decesserit*, Titium heredem instituo. Quum autem hoc potuerit facere, quare substitutio ultra pubertatem inutiliter facta, non sustinebitur quasi esset institutio sub hac conditione primo gradu facta? Respondet jurisconsultus negative. Et ratio est quia non hoc est quod voluit testator; non voluit ut filius coheredem haberet, sed ut interim totum haberet: non debet igitur admitti quod testator noluit. Fecit quod non potuit, non fecit quod potuit.

(3) Id est, capiet bona testatoris, tanquam heres immediate ipsius testatoris : qui ex privilegio militum potuit et filium ad certum tempus, et hunc post illud tempus heredem facere. Vid. *lib. seq. tit.* 1. *de testam. milit.*

« C'est pourquoi Papinien dit : « Il est convenu que la substitution civile (1) ne pouvait pas avoir lieu après la quatorzième année ».

« Mais le substitué qui n'est pas admis comme tel ne le sera pas non plus quelquefois comme héritier ajouté (2), afin de ne pas contrarier la volonté du testateur, si son fils n'a pas tout l'intervalle de tems que son père lui avait donné par testament ».

Un militaire n'a pas non plus la faculté d'étendre la substitution pupillaire au-delà de ce tems. Par exemple, « un centurion avait directement substitué à ses fils, s'ils mouraient sans enfans avant l'âge de vingt-cinq ans. Celui qui est substitué à un des fils aura ses biens propres en vertu du droit commun, s'il meurt avant sa quatorzième année; mais s'il meurt plus âgé, il aura, en vertu du privilége (3) militaire seulement, les biens du père avec les fruits qui en seront trouvés dans la succession ».

LV. Le testateur ne peut pas à la vérité porter la substitution pupillaire au-delà de la puberté, mais il peut au contraire la restreindre à un âge moins avancé.

« On peut donc borner la substitution à un terme court, ainsi un père peut dire, par exemple, si mon fils meurt avant sa dixième année, que Titius soit son héritier ».

C'est pourquoi, « si un testateur a fait une substitution en disant : Si mon fils meurt avant sa dixième année, que Seius en soit héritier, et que son fils meure après sa dixième année, mais avant sa quatorzième, le mieux est de dire que son substitué ne pourra pas demander la possession des biens, parce qu'il n'est pas censé substitué dans ce cas ».

« Par conséquent aussi le testateur ayant substitué diverses personnes, en disant : Si mon fils meurt avant sa dixième année que Titius soit son héritier; mais s'il meurt après la dixième, et avant la quatorzième, que ce soit Mævius, il faudra dire la même chose ».

« On demande encore, dans le cas où le testateur aurait dit : Si

(1) C'est-à-dire, directes, parce qu'on peut substituer par fidéicommis au-delà de la puberté.

(2) Le père aurait à la vérité pu donner pour cohéritier à son fils celui qui lui a succédé après sa puberté, en mettant la condition que son fils mourrait avant sa vingt-cinquième année. Ayant donc pu le faire, pourquoi la substitution au-delà de la puberté ne serait-elle pas maintenue comme la substitution, sous cette condition au premier degré? Le jurisconsulte répond négativement, par la raison que ce n'est pas ce qu'a entendu le testateur, qui, en effet, n'a pas voulu que son fils eût un cohéritier, mais qu'il eût toute sa succession. On ne doit donc pas admettre ce que le testateur n'a pas voulu; il a fait ce qu'il ne pouvait pas, et n'a pas fait ce qu'il pouvait.

(3) C'est-à-dire, il aura les biens du testateur comme son héritier immédiat, et le testateur a pu, en vertu du privilége militaire, instituer son fils jusqu'à certaine époque, et un autre après cette époque. Voyez, dans le livre suivant, le titre *du testament militaire*.

si intra decem annos decesserit, Titius heres esto; si intra quatuordecim, Mævius, filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an et Mævius, quia certum est et intra decem, et intra quatuordecim annos filium decessisse? Respondi : Omne quidem spatium quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio : sed finis hujus, pubertas est. Magis autem est in utroque eorum, tempus suum separatim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur ». *l.* 43. §. 1. Paul. *lib.* 9. quæst.

ARTICULUS VII.

De fideicommissaria *pupillari substitutione.*

LVI. Hactenus de substitutione pupillari directa egimus. Est et fideicommissaria, qua pater impuberem filium heredem suum rogat, si impubes, vel etiam si pubes decesserit, hereditatem restituere.

In quo hæc a directa differat, ex his quæ de illa Papinianus refert, intelliges. Ita ille : « Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere : legitimum heredem filii, salva Falcidia, cogendum patris hereditatem (ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato) restituere placuit. Nec aliud servandum, quum substitutionis conditio puberem ætatem verbis precariis egreditur. Quæ ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit. Alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum (1) est. Nec (2) fideicommisso propriæ facultates filii tenebuntur. Et ideo si pater filium exheredaverit; et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit. Alioquin si legata vel fideicommissa filius acceperit, intra modum eorum fideicommissum hereditatis (3) a filio datum, citra Falcidiam rationem (4) debebitur ». *l.* 41. 3. *lib.* 6. resp.

Observandum hanc fideicommissariam substitutionem, in pupillari vel in compendiosa substitutione contentam, intelligi etiam adversus matrem legitimam pupilli heredem. Hoc circa militis cu-

(1) Addita clausula codicillari.

(2) Etsi autem testamentum valeat, *nec fideicommisso, etc.*

(3) *Fideicommissum hereditatis* vocat, quod filius, cui relictum est legatum, rogatus fuit *ut* Titium sibi heredem faceret, vel *ut* bona sua Titio relinqueret. Cui fideicommisso filius intra modum legati duntaxat tenetur. *l.* 17. §. 2. *ff.* 36. 1. *ad senatusconsult. Trebell.*

(4) Id est, non retenta Falcidia; quia soli heredes habent retentionem Falcidiæ, non autem legatarii, vel fideicommissarii. *l.* 47. §. 1. *ff.* 35. 2. *ad l. Falcid.*

mon fils meurt avant dix ans, que Titius soit son héritier, que ce soit Mævius s'il meurt avant quatorze, et que le fils soit mort âgé de dix-huit ans, sera-ce Titius qui sera son seul héritier, et Mævius ne le sera-t-il pas également en vertu de cette substitution, parce qu'il est certain que le fils est mort avant dix et quatorze ans? J'ai répondu qu'un père pouvait substituer à son fils pendant tout le tems qui précédait sa puberté, mais que cette puberté était le terme de son pouvoir à cet égard; et qu'ainsi le mieux était de dire qu'il fallait considérer séparément les termes de ces deux substitutions, à moins qu'il n'apparût d'une intention contraire de la part du testateur ».

ARTICLE VII.

De la substitution pupillaire fidéicommissaire.

LVI. Jusqu'ici nous avons traité de la substitution pupillaire directe; mais il y en a aussi une fidéicommissaire, par laquelle un père charge son fils impubère et institué son héritier, de remettre sa succession s'il meurt impubère ou même pubère.

Relativement à la différence qu'il y a entre elle et la substitution directe, Papinien nous l'apprend en ces termes : « Mais si un père a chargé son fils comme son héritier, de remettre sa succession à Titius s'il mourait impubère, il a été décidé que le légitime héritier du fils devait être forcé de remettre la succession du père, sauf la falcidie, comme il le serait en vertu d'un fidéicommis payable après la mort de l'impubère; et c'est ce qu'il faut observer lorsque la condition de la substitution excède l'âge de puberté et est imposée par forme de prière. Tout cela aura lieu si le testament du père a lieu lui-même; dans le cas contraire, ce qu'il a voulu qui fût son testament ne sera pas un codicille, à moins qu'il ne l'ait expressément dit (1); les biens du fils ne seront pas non plus (2) tenus du fidéicommis, et par conséquent, si le père l'a déshérité et ne lui a rien laissé, le fidéicommis sera nul; mais si le fils a reçu des legs ou des fidéicommis, il restera chargé, dans la proportion de ces legs, d'acquitter le fidéicommis relatif à la succession (3), sauf la falcidie (4) ».

« Il faut observer que cette substitution fidéicommissaire, contenue dans la substitution pupillaire et dans la substitution brièvement énoncée, a aussi lieu contre la mère héritière du pupille.

(1) En ajoutant la clause codicillaire.

(2) Mais quoique le testament vaille, les biens, etc.

(3) Il appelle fidéicommis de la succession celui par lequel son fils, à qui il avait fait un legs, était chargé de faire Titius son héritier ou de lui laisser tous ses biens, fidéicommis dont le fils n'est tenu que comme d'un legs. *l.* 17. §. 11. *au sénatus-consulte Trébellien.*

(4) C'est-à-dire, sans retenir la falcidie, parce que les héritiers ont seuls le droit de la retenir, et que les légataires et les fidéicommissaires ne l'ont pas. *l.* 47. §. 1. *ff. sur la loi Falcidia.*

jusdam testamentum rescribunt Dioclet. et Maxim. Ita illi : « Si vero substitutio in secundum casum vel expressa, vel compendio (1) non usque ad certam ætatem facta reperiatur : si quidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes quos pater ei constituit, et (qui) adierint hereditatem. Si vero post pubertatem, tunc ejus te substitutionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona quæ, quum moreretur, patris ejus fuerint, a te peti possunt ». *l.* 8. §. 1. *cod.* 6. 26. *de impub. et aliis subst.*

SECTIO III.

De exemplari *substitutione.*

LVII. Substitutio exemplaris ea est qua parens liberis suis mente captis, si, antequam resipuerint, decesserint, heredem scribit.

Exemplaris dicta est, ex eo quod ad exemplum pupillaris substitutionis introducta sit.

Jure Pandectarum, non nisi ex privilegio a principe impetrato, ita substitui poterat; deficiebatque ista substitutio, si cessaret vitium propter quod is cui ita substituebatur, ipse testari non poterat, aut si ei suus heres agnasceretur.

Hoc docet Paulus : « Ex facto quæritur : Qui filium habebat mutum puberem, impetravit a principe ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium mutus duxit uxorem post mortem patris, et nascitur ei filius; quæro an rumpatur testamentum? Respondi : *beneficia* quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Verum voluntatem principis inspicientibus, potest dici eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverat; et ut, quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit jus in eo qui propter infirmitatem non potest testari ».

« Nam et si furioso filio substituisset, diceremus desinere valere testamentum, quum resipuisset; quia jam posset sibi testamentum facere. Etenim iniquum incipit fierit beneficium principis, si adhuc id valere dicamus. Auferret enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam agnatione sui heredis dicendum est rumpi substitutionem; quia nihil interest alium heredem institueret ipse filius postea, an jure habere cœpit suum heredem. Nec enim aut patrem, aut principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem, utrum in personam unius, an complurium ». *l.* 43. Paul. *lib.* 9. quæst.

(1) Id est, hoc generali et compendioso verbo, *substituo.*

Ainsi le disent Dioclétien et Maximien, par rapport au testament d'un certain militaire : « Mais si la substitution au second cas, de quelque manière qu'elle soit exprimée (1), n'a pas pour terme un certain âge, et que l'héritier meure avant l'âge de puberté, il aura pour héritiers ceux que son père aura indiqués et qui auront accepté sa succession; mais s'il meurt pubère, alors obtenant sa substitution, les biens qu'avait son père à sa mort pourront vous être demandés comme en vertu d'un fidéicommis».

SECTION III.

De la substitution exemplaire.

LVII. La substitution exemplaire est celle par laquelle un père substitue un héritier à ses enfans tombés en démence, dans le cas où ils ne reprendraient pas l'usage de leur raison.

On appelle cette substitution exemplaire, parce qu'elle a été introduite à l'instar de la substitution pupillaire.

Sous le droit des Pandectes, cette substitution ne pouvait avoir lieu que par la permission du prince, et ne subsistait qu'autant que la maladie de celui à qui l'on avait substitué l'empêchait de tester lui-même, ou qu'il n'avait point d'héritier sien.

Ainsi l'enseigne Paul : « On a consulté sur le fait suivant. Un père avait un fils pubère et muet. Il a obtenu du prince la permission de lui substituer un héritier, et lui a en effet substitué Titius. Son fils a épousé une femme après la mort de son père et en a eu un fils. On demandait si la naissance de ce fils cassait le testament. J'ai répondu qu'à la vérité les princes étaient dans l'usage d'interpréter eux-mêmes leurs grâces; mais qu'on pouvait dire que leur intention était que celles de cette espèce n'eussent d'effet qu'autant que durerait la maladie qui en était l'objet, et que, comme par le droit civil la substitution pupillaire finit à la puberté, le prince voulait aussi que la substitution faite pour un infirme, ne subsistât qu'autant qu'il ne pourrait pas tester ».

« Parce qu'en effet, si un père avait substitué un héritier à son fils en démence, nous dirions que son testament cesserait de valoir quand son fils cesserait d'être fou et pourrait tester lui-même. En effet, la permission du prince deviendrait injuste en ôtant la faculté de tester à un homme qui a l'usage de sa raison. Il faut donc dire que la naissance d'un héritier sien casse cette substitution, parce qu'il est égal que le fils dont il s'agit institue lui-même un héritier, ou que la loi lui donne un héritier sien; car il n'est pas vraisemblable que le prince ni le père ait prévu la résipiscence du fils, et voulu déshériter celui qui en naîtrait ensuite. Il est aussi indifférent que la faveur du prince ait eu en ce cas en vue une ou plusieurs personnes ».

(1) C'est-à-dire, par le seul mot général, *je substitue.*

LVIII. Justinianus omnibus parentibus concessit ut liberis suis exemplariter substituere possent; nec jam opus est venia principis. Cæterum, quum hoc ratione pietatis parentibus concessum sit, non vero ex jure patriæ potestatis proficiscatur, hinc inter substitutionem pupillarem et hanc exemplarem varia intercedunt discrimina:

Et 1°. in eo differunt quod is demum qui liberos in potestate habet, iisque demum quos in potestate habet: pupillariter substituere possit: contra, quilibet parens utriusque sexus, cuilibet ex liberis suis exemplariter substituere potest.

2°. In eo quod exheredato pupillariter substituatur, exemplariter autem non potest substitui, nisi relicta legitima portione. Hæc enim substitutio sola paternæ pietatis ratione nititur: porro pius pater erga filium videri non potest, qui eum exheredat.

3°. Denique non quilibet in exemplari substitutione, quemadmodum in pupillari, substitui potest. Sed si is, cui substituitur, liberos habeat, non alii quam aliquis ex illis substitui ei possunt: et, si liberos non habeat is cui substituitur, liberos non habeat is cui substituitur, testator autem alios liberos habeat præter eum cui substituit, non alii pariter possunt substitui quam ex liberis testatoris. Ita definivit Justinianus. *l.* 9. *cod.* 6. 26. de impub. et aliis subst.

APPENDIX AD DUOS TITULOS PRÆCEDENTES.

De heredum qualitate et differentia.

I. In heredibus, sive institutis (de quibus supra tit. V), sive substitutis (tit. VI), sive legitimis (infra *lib.* 38, tit. 15 de suis et legitim. hered.) quædam notantur qualitates ac differentiæ.

Enimvero quidam heredes dicuntur *necessarii* simpliciter, quidam *sui* ac necessarii, quidam *extranei* seu voluntarii.

Heredes *necessarii* simpliciter, sunt servi proprii a domino cum libertate instituti, aut substituti heredes. Necessarii ideo dicti sunt quod hereditas, statim atque eis delata est, ipsis ignorantibus atque invitis acquiratur.

Heredes *sui* ac necessarii sunt liberi a parente in cujus potestate sunt, aut fuissent si vivo eo nati essent, instituti vel substituti heredes, vel ad ejus intestati hereditatem lege vocati. Ideo dicuntur sui, quod in *sua bona* quorum vivo patre jam quodammodo domini esse videbantur, succedant: ut jam supra observavimus hoc lib. tit. 2. de liber. et posth. *n.* 1. Ideo autem necessarii, quod ipsis perinde ac necessariis simpliciter, hereditas etiam ignorantibus acquiratur.

LVIII. Justinien accorda à tous les pères la permission de substituer exemplairement à leurs enfans, sans que dorénavant on fût tenu d'en demander la permission ; mais comme le motif de cette loi était respect pour les pères, et non l'accroissement de la puissance paternelle, la substitution pupillaire et la substitution exemplaire différèrent en plusieurs choses.

1°. En ce que celui qui a ses enfans sous sa puissance ne pût leur substituer que pupillairement ; et qu'au contraire, les pères et mères peuvent substituer exemplairement à tous leurs enfans quelconques.

2°. En ce qu'on doit substituer pupillairement à un fils déhérité, et qu'on ne peut lui substituer exemplairement qu'en lui laissant sa légitime, parce que cette substitution était instituée en faveur de la qualité de père, et qu'un père semble la perdre en déshéritant son fils.

3°. Enfin, en ce que toutes personnes ne peuvent pas être substituées exemplairement, comme elles pourraient l'être pupillairement, et que si celui à qui l'on substitue à des enfans, on ne peut lui substituer qu'un de ses enfans, et que s'il n'en a pas, mais que le testateur en ait d'autres que celui à qui il substitue, il ne peut non plus substituer qu'un de ces mêmes enfans. C'est ce qu'a voulu Justinien, par la *l.* 9. *cod. de la substitution aux impubères et à d'autres.*

APPENDICE AUX DEUX TITRES PRÉCÉDENS.

De la qualité et de la différence des héritiers.

I. On remarque certaines qualités et certaines différences dans les héritiers, soit institués (dont nous avons parlé dans le titre V), soit substitués (titre VI)), soit légitimes (dont nous parlerons dans le *liv.* 38, *tit. des héritiers siens et légitimes*).

En effet, il y a certains héritiers qui sont simplement nécessaires ; d'autres, qui sont siens et nécessaires ; et d'autres, qui sont étrangers et volontaires.

Les héritiers simplement nécessaires, sont les esclaves propres du défunt qu'il a institués ou substitués en leur donnant la liberté. On les appelle nécessaires, parce que dès que la succession leur est déférée, ils deviennent héritiers sans le savoir et même malgré eux.

Les héritiers siens et nécessaires, sont les enfans institués ou substitués par le père, sous la puissance duquel ils étaient ou devaient naître ; ou qui étaient appelés à la succession *ab intestat.* On les appelle siens, parce qu'ils succèdent à leurs propres biens, dont ils étaient censés en quelque sorte propriétaires, même du vivant de leur père, comme nous l'avons observé ci-dessus, *tit. de l'instit. des enf. et des posth.*, et nécessaires, parce qu'ils deviennent héritiers sans le savoir, comme les héritiers simplement nécessaires.

Heredes *extranei* seu voluntarii sunt cæteri heredes, sive instituti, aut substituti, sive legitimi. Ideo dicuntur voluntarii, quia ipsis non nisi volentibus acquiritur hereditas.

Inde elucet discrimen inter hoc triplex heredum genus, voluntarios, et suos, et necessarios.

II. Duæ autem hæ posteriores heredum species, si solum jus civile spectemus, invicem nihil differunt. Jure autem prætorio valde differunt; nam suis ac necessariis heredibus prætor beneficium abstinendi paterna hereditate concedit, ne sub ipsorum nomine bona creditoribus proscribantur : de quo beneficio agetur infra, lib. seq. tit. 2. de acquir. vel omitt. hered. Heredibus autem necessariis simpliciter, tale beneficium prætor non concedit; sed tantum ut possint sibi separare ac servare bona quæ post acquisitam defuncti hereditatem aliunde comparaverunt.

De necessariis utriusque generis heredibus hic agendum, quærendumque : 1°. quæ requirantur ut servus proprius domino necessarius heres sit; 2°. quæ requirantur ut liberi parentis sui ac necessarii heredes sint; 3°. quando quis ex substitutione pupillari necessarius pupillo heres sit.

ARTICULUS I.

Quæ requirantur ut servus proprius domino necessarius heres sit?

Ut servus testatori necessarius heres existat, hæc concurrere debent : 1°. ut testatoris servus fuerit tam tempore testamenti, quam tempore mortis; et præterea, si sub conditione fuerit institutus, ut in testatoris hereditate inveniatur quum extiterit conditio; 2°. requiritur ut necessario heredi fuerit relicta libertas quam testator ei non deberet; 3°. ut eodem instanti deferantur libertas et hereditas, et ex ipso testamento libertas competat.

§. I. *Ut servus necessarius heres sit, debere inspici tempus testamenti et mortis, et præterea conditionis existentis.*

III. Servus fieri necessarius heres non potest, nisi qui proprius testatoris servus fuerit; et quidem ex jure quiritium : eum enim quem duntaxat *in bonis* habemus, heredem inutiliter scribimus; ut supra vid. tit. præced. *de hered. inst.* n. 12.

Cæterum, quum is, qui servum alienum redemit ab hostibus, interim donec luatur, ejus dominus intelligatur, potest illum sibi necessarium heredem facere.

Les héritiers étrangers ou volontaires, sont tous les autres héritier institués, substitués ou légitimes. On les appelle volontaires, parce qu'ils ne le sont qu'autant qu'ils veulent l'être.

Ce qu'on vient de dire, suffit pour faire voir en quoi diffèrent ces trois espèces d'héritiers, appelés volontaires, siens ou nécessaires.

II. Mais les deux dernières ne diffèrent en rien l'une de l'autre par rapport au droit civil, et diffèrent cependant beaucoup du droit prétorien; car le préteur accorde aux héritiers siens et nécessaires la faculté de ne pas accepter la succession de leur père, afin que leurs biens ne soient pas vendus en leur nom pour les dettes de leur père. Sur cette faculté, voyez ci-après *liv.* 29. *tit. de la manière d'accepter la succession ou d'y renoncer*. Mais il ne l'accorde pas aux héritiers simplement nécessaires, quoique cependant il leur permette de séparer de la succession, et de retenir les biens qui ne leur proviennent pas de cette même succession.

Nous allons traiter de ces deux espèces d'héritiers nécessaires, et examiner 1°. ce qui est requis pour que l'esclave du testateur soit son héritier nécessaire; 2°. ce qui est pareillement requis pour que des enfans soient héritiers siens et nécessaires de leur père; 3°. quand quelqu'un est l'héritier nécessaire du pupille, auquel il a été substitué pupillairement.

ARTICLE I.

De ce qui est requis pour que l'esclave propre du testateur soit héritier nécessaire.

Trois choses doivent concourir pour qu'un esclave du testateur soit son héritier nécessaire, il faut 1°. qu'il ait été l'esclave du testateur, tant à l'époque du testament qu'à celle de sa mort; et de plus, s'il a été institué héritier sous condition, qu'il se soit trouvé dans la succession du testateur, lorsque la condition a été remplie; il faut 2°. que le testateur ait donné la liberté, sans la lui devoir, à cet héritier nécessaire; 3°. il faut enfin que la succession et la liberté lui parviennent en même tems, et qu'il acquierre la liberté en vertu du testament.

§. I. *Pour qu'un esclave soit héritier nécessaire, il faut considérer le tems du testament, aussi celui de la mort, et de plus celui où la condition a été remplie.*

III. Un esclave ne peut pas devenir héritier nécessaire du testateur, quand il n'a pas été son propre esclave, suivant le droit des citoyens romains; car nous instituons inutilement héritier celui que nous avons seulement dans nos biens, comme on l'a vu ci-dessus, *tit. de l'institution d'héritier*.

Mais lorsque quelqu'un a racheté des ennemis un esclave étranger, il en est censé le maître, tant que celui de l'esclave n'a pas remboursé sa rançon, et il peut le faire son héritier nécessaire.

Unde Ulpianus : « Si servum quis alienum ab hostibus redemerit, et heredem eum cum libertate instituerit, magis puto fore eum liberum et necessarium heredem. Nam quum scribit ei libertatem, vinculo suo resolvit (1) : et in hoc solum redit jure postliminii, non ut (2) iterum servus ejus fiat, cujus erat antequam caperetur (hoc enim satis impium est), sed ut pristino domino suam æstimationem omnimodo offerat, vel maneat ei obligatus donec pretium solvat. Quod libertatis favore introductum est ». *l.* 71. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel. omitt. hered.* Ulp. *lib.* 61. *ad ed.*

IV. Duobus autem temporibus servum testatoris fuisse oportet eum qui ipsi sit necessarius heres ; nimirum tempore testamenti, et tempore mortis testatoris.

Hinc, « si alienum servum, liberum et heredem esse jussi, et is postea meus effectus est, neutrum valet; quia libertas alieno servo inutiliter data est ». *l.* 49. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Flor. *lib.* 10. *inst.*

Vice versa : si servus qui testamenti tempore proprius testatoris erat, tempore mortis non sit ejus servus, alienatus forte aut manumissus ; non erit necessarius heres, ut vid. supra, tit. præced. *de hered. instit.* n. 17.

Observandum etiam ex fictione legis Corneliæ tempus mortis ejus qui in captivitate hostium decessit, intelligi fuisse ultimum momentum quo civis fuit. « Quare servus heres scriptus (3) ab eo qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit, seu velit, seu nolit, licet minus proprie (4) necessarius heres dicatur : nam et filius ejus qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur ; quamvis (5) *suus* heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit ». *l.* 12. *v. quare. ff.* 28. 1. *qui testam. fac.* Jul. *lib.* 42. *dig.*

V. Interest autem inter tempus testamenti et tempus mortis. Nam ut sit heres necessarius, sufficit si tempore testamenti vel

(1) Sensus est : servo alieno ab hostibus redempto libertas et hereditas a liberatore relinqui potest. Tale est enim vinculum pignoris quo liberatori tenetur, ut liberatoris servus videatur, quandiu a pristino domino pretium non redditur ; et possit liberator eum ad libertatem perducere resolvendo vinculum quo sibi tenetur. Quum autem sic a liberatore manumittitur, non redit jure postliminii in servitutem pristini domini, sed obligatur duntaxat ad præstandam ei suam æstimationem. Vid. infra, *lib.* 49. *tit.* 15. *l.* 12. §§. 7. 8. 9. *ff. de captiv. et postlim.*

(2) Ita legit Contius. Vulgo male *ut non.*

(3) Testamento ante captivitatem facto.

(4) Tum quia nonnisi ope fictionis legis Corneliæ hereditas captivi esse potest, tum quia nisi ejusdem fictionis ope, servus heres scriptus videri non potest testatoris fuisse tempore mortis ejus.

(5) *Quamvis* (nisi hæc fictio auxilietur) *suus heres, etc.* Cæterum tantumdem hic operatur fictio, quantum veritas.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si quelqu'un a racheté des ennemis un esclave étranger, et l'a institué son héritier en lui donnant la liberté, je pense que cet esclave sera libre et héritier nécessaire, parce qu'en l'instituant son héritier, il a renoncé au droit de gage qu'il avait sur lui (1), et que l'esclave est censé revenu en vertu du retour, non pas (2) pour redevenir l'esclave de son premier maître (ce qui serait injuste), mais pour indemniser celui qui l'a racheté, et pour le servir jusqu'à la restitution de sa rançon, droit qui a été introduit en faveur de la liberté ».

IV. Mais pour être héritier nécessaire du testateur, il faut que l'esclave lui ait appartenu dans deux tems différens, savoir quand il a fait son testament et quand il est mort.

C'est pourquoi, « si j'ai donné la liberté à un esclave étranger, et l'ai institué mon héritier, il ne sera ni libre, ni mon héritier, quoique je l'aie acquis depuis mon testament, parce qu'on ne peut pas donner la liberté à un esclave étranger ».

Et réciproquement, si l'esclave appartenait au testateur quand il a fait son testament ; mais qu'il ne lui appartienne plus à sa mort, soit parce qu'il l'avait vendu, ou qu'il l'avait affranchi, il ne sera point son héritier nécessaire, comme on l'a vu ci-dessus, *tit. de l'institution d'héritier.*

Il faut aussi observer que par la fiction de la loi Cornelia, le tems de la mort de celui qui a été pris par les ennemis, est censé celui où il cesse d'être citoyen romain. C'est pourquoi, « un esclave institué héritier (3) par un maître qui est mort au pouvoir des ennemis ; sera libre et héritier, soit qu'il le veuille ou ne le veuille pas, quoiqu'il soit improprement (4) héritier nécessaire ; parce que son fils lui-même serait sont héritier malgré lui, quoiqu'il ne fût pas proprement héritier sien, puisqu'il n'était pas sous sa puissance au moment de sa mort ».

V. Mais il y a quelque différence entre le tems du testament et celui de la mort ; car, par rapport au tems du testament, il suffit

(1) Le sens est que la liberté et la succession peuvent être laissées à un esclave par celui qui l'a racheté des ennemis ; car tel est le droit de gage que son libérateur a acquis sur lui, qu'il est censé son esclave tant que sa rançon n'est pas rendue à son libérateur, et que celui-ci peut le rendre libre en lui en faisant remise ; toutefois, en l'affranchissant ainsi, il ne le fait pas repasser, en vertu du droit de retour, sous la puissance de son ancien maître, mais il sera seulement obligé de lui restituer sa valeur. Voyez *l.* 12. §. 7. 8. 9. *ff. des captifs chez l'ennemi et du droit de retour*, ci-après, *liv.* 49.

(2) Ainsi lit Contius. On lit mal-à-propos *ut non.*

(3) Par un testament antérieur à sa captivité.

(4) Parce que sans cette fiction de la loi Cornelia, la succession du captif n'existerait pas ; et encore parce que sans cette fiction l'esclave institué héritier ne pourrait pas être censé avoir appartenu au testateur au moment de sa mort.

(5) C'est-à-dire, que sans le secours de cette fiction, etc.; mais cette fiction produit à cet égard les mêmes effets que la vérité.

ex parte fuerit servus testatoris; oportet vero ut tempore mortis fuerit in solidum testatoris servus.

Hinc V. G. « si servum communem cum libertate dominus heredem scripserit, et eum redemerit (1), necessarius efficietur. Sed si substitutus sit impuberi, et partem redemerit impubes, necessarius (2) non efficietur, ut Julianus scribit ». *l.* 6. §. 3. *ff.* 28. 5. *de heredib. instit.* Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Non ideo minus autem videtur in solidum fuisse testatoris servus, quod ususfructus ejus alienus fuerit, ut jam sup. vid. tit. præced. *de hered. inst.* n. 17.

Item « pignori obligatum servum, necessarium domino posse fieri imperator Severus rescripsit; ita tamen, si paratus sit prius creditori satisfacere ». *l.* 30. *d. tit.* Ulp. *lib.* 21. *ad ed.*

Nisi autem creditori satisfiat, nec liber nec heres erit.

Hinc rescribit Pertinax: « Is qui solvendo non est, heredem necessarium etiam in fraudem creditorum (3) relinquere potest. Sed si pignori datus fuisti, et in eadem causa permansisti; ne ab eo quidem debitore qui solvendo non fuit, liber et heres necessarius existere potuisti ». *l.* 2. *cod.* 6. 27. *de necess. serv. hered.*

VI. Uno tamen casu poterit servus esse testatori necessarius heres, licet tempore mortis ex parte duntaxat ejus servus fuerit: scilicet si, quum ei hereditas deferetur, ex testamentis omnium dominorum simul eodemque instanti cedat ipsi libertas.

Hinc « duo socii quemdam servum communem testamento facto, heredem et liberum esse jusserant: ruina simul oppressi perierant. Plerique responderunt, hoc casu duobus orcinum (4) heredem existere. Et id est verius ». *l.* 8. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Jul. *lib.* 2. *ad Urseium Feroçem.*

« Sed et si sub eadem conditione servum communem uterque

(1) Et post testamentum redemerit partem socii.

(2) Nec testatoris cujus in solidum mortis ipsius tempore non erat, quum demum post testatoris mortem, pars socii redempta sit; nec impuberi, quamvis in solidum ejus sit, quia testator quem sibi necessarium heredem facere non potuit, nec impuberi potuit.

(3) Ex lege Ælia-Sentia; supra *tit.* 5. *de hered. instit. n.* 12.

(4) *Orcinus* libertus est qui directam libertatem accepit; estque libertus *orci*, id est solius defuncti. In quo differt ab eo qui fideicommissariam libertatem accepit, et est libertus heredis.

que l'esclave ait appartenu en partie au testateur; et il faut qu'il lui ait appartenu en entier au tems de sa mort, pour qu'il soit son heritier nécessaire.

C'est pourquoi, par exemple, « si un des maîtres d'un esclave commun l'a institué héritier en lui donnant la liberté, et qu'il en ait ensuite acheté la part de son associé (1), cet esclave sera son héritier nécessaire; mais s'il a été substitué à un impubère, et que cet impubère l'ait racheté, il ne sera point son héritier nécessaire (2), comme le dit Julien ».

Mais un esclave n'est pas moins censé appartenir au testateur, quoique l'usufruit en appartienne à un autre, comme on l'a vu ci-dessus au titre *de l'institution d'héritier*, *n.* 17.

« L'empereur Sévère dit aussi dans un rescrit qu'un esclave donné en gage peut encore être héritier nécessaire de son maître, pourvu néanmoins que celui-ci soit prêt à satisfaire son créancier ».

Mais si ce créancier n'a point été satisfait, l'esclave ne sera ni libre ni héritier.

C'est pourquoi Pertinax dit dans un rescrit : « Celui qui est devenu insolvable peut encore instituer un heritier nécessaire, même en fraude de ses créanciers (3); mais si vous avez été donné en gage et êtes resté dans cet état, vous n'avez pas pu devenir libre et héritier nécessaire, quand même le testateur ne serait pas mort insolvable ».

VI. Il y a cependant un cas où un esclave pourra être l'héritier nécessaire du testateur, quoiqu'à sa mort il ne lui appartienne pas en entier, c'est celui où lorsque sa succession lui est déférée, la liberté lui est en même tems donnée par les testamens de tous ses maîtres.

C'est pourquoi, « deux associés avaient par leur testament institué leur esclave commun pour leur héritier, en lui donnant sa liberté. Ces deux associés périrent ensemble par la chute d'un édifice. Les jurisconsultes répondirent que cet esclave serait l'affranchi des deux associés (4); ce qui est vrai ».

« Et même si l'un et l'autre de ces associés avaient institué hé-

---

(1) Et qu'après avoir fait son testament, il ait racheté la portion de cet esclave qui appartenait à son associé.

(2) Ni du testateur à qui il n'appartenait pas en entier au tems de sa mort, puisque la part de son associé n'a été rachetée qu'après sa mort; ni de l'impubère, quoiqu'il lui appartienne tout entier, parce que si le testateur n'a pas pu le faire son héritier nécessaire, il n'a pas pu davantage le faire héritier de l'impubère.

(3) En vertu de la loi Ælia-Sentia, ci-dessus, au titre *de l'institution d'héritiers*, *n.* 12.

(4) On appelait *orcinus* l'affranchi qui avait reçu la liberté directe, et il n'était que l'affranchi du défunt, en quoi il différait de celui qui avait reçu la liberté par fidéicommis, qui était affranchi de l'héritier.

socius liberum heredemque esse jussisset, eaque extitisset, idem juris erit ». *d. l.* 8. §. 1.

Hoc igitur casu quo simul ex omnium dominorum testamentis servo cedit relicta libertas, « si servus communis, vel uni ex dominis, vel pluribus, vel omnibus heres extiterit necessarius : nullius eorum hereditate se poterit abstinere ». *l.* 66. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel. omitt. hered.* Ulp. *lib.* 6. *ad ed.*

VII. Ut servus testatoris necessarius heres ei existat, oportet præterea, quum sub conditione heres scriptus est, tempore existentis conditionis esse eum in hereditate testatoris.

V. G. in specie sequenti: « Testamento domini servus sub conditione cum libertate heres institutus, pendente adhuc conditione necem domini detexit, eumque prætor mereri libertatem decrevit. Etsi postea conditio testamenti extiterit, aliunde liber est; id est ex præmio, non ex testamento. Igitur non est necessarius domino heres : licet autem ei volenti adire ». *l.* 90. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Triph. *lib.* 21. *disp.*

VIII. Vidimus quibus temporibus fuisse testatoris servum oporteat, qui ei necessarius heres existit. Media autem tempora non attenduntur.

Hinc « servum meum heredem institutum cum libertate (1), si vivus vendidero ei, cum quo testamenti factio non est, posteaque eum redemero, ex testamento mihi heres esse poterit. Nec medium tempus, quo apud eum fuit, vitiavit institutionem; quia verum est utroque tempore tam testamenti faciendi, quam mortis tempore meum fuisse. Unde, si apud eum remanserit, vitiatur institutio; vel si cum eo testamenti factio est, jussu ejus adeundo, acquiret ei hereditatem ». *l.* 50. *ff. de hered. instit.* Ulp. *lib.* 6. *regul.*

Et alibi : « Servus cum libertate heres institutus, si sit alienatus, juberi adire ab eo potest cui alienatus est (2). Sed si redemptus sit a testatore, institutio valet; et necessarius heres erit ». *l.* 9. §. 16. *d. tit.* Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

Pariter in servo testatoris qui sub conditione heres scriptus est, non attenditur tempus medium inter tempus mortis et existentis conditionis. Ita enim « Aristo Neratio-Appiano rescripsit : testamento liber esse jussus *quum annorum triginta esset*, antequam ad eam ætatem perveniret, si in metallum damnatus sit, ac postea revocetur, sine dubitatione cum libertate legatum ad eum pertinere,

(1) Directa.

(2) Nec proinde necessarius erit pristino domino testatori.

ritier cet esclave commun, en lui donnant la liberté sous la même condition, et que cette condition eût-été remplie, il en serait encore de même ».

Ainsi, dans le cas où la liberté a été donnée en même tems par tous les maîtres d'un esclave commun, « si cet esclave devient l'héritier nécessaire d'un de ses maîtres, de plusieurs ou de tous, il ne pourra renoncer à la succession d'aucun d'eux ».

VII. Pour qu'un statulibre soit héritier nécessaire du testateur, il faut encore que la condition sous laquelle il a été institué soit remplie pendant qu'il est encore partie de sa succession.

C'est ce qu'on va voir dans l'espèce suivante : « Un esclave avait été institué héritier, et la liberté lui avait été donnée sous condition par le testament de son maître. Avant que la condition fût remplie, il découvrit l'assassinat de son maître, et le préteur jugea qu'il avait mérité la liberté. Cette condition fut remplie ensuite, mais il était libre et ce n'était point en vertu du testament de son maître, puisque c'était en vertu du jugement prétorial. Il n'était donc point héritier nécessaire de son maître; mais il pouvait accepter sa succession s'il le jugeait à propos ».

VIII. Nous avons vu en quel tems l'esclave devait appartenir au testateur pour être héritier nécessaire; mais on n'a pas égard au tems intermédiaire.

C'est pourquoi, « si j'ai vendu de mon vivant l'esclave que j'avais fait mon héritier en lui donnant la liberté (1), à quelqu'un qui ne pouvait pas recevoir par testament, et que je l'aie ensuite racheté, il pourra être mon héritier en vertu de mon testament, et l'intervalle de tems qu'il aura passé chez l'acheteur ne viciera pas son institution, parce qu'il sera toujours vrai qu'il m'appartenait quand j'ai fait mon testament et à ma mort; mais si je ne l'avais pas racheté son institution serait réelle, ou s'il avait pu recevoir par testament et eût accepté ma succession par ordre de son nouveau maître, il l'aurait acquise pour lui ».

Il est dit aussi ailleurs, « que, si un esclave institué héritier et libre a été vendu, l'acheteur peut lui ordonner d'accepter la succession (2), mais que s'il a été racheté par le testateur, son institution sera maintenue, et il pourra être son héritier nécessaire ».

On n'a non plus aucun égard à l'intervalle de tems écoulé entre la mort et l'accomplissement de la condition sous laquelle le testateur a institué son esclave; et en effet, « Ariston a répondu à Neratius Appianus, si l'esclave à qui l'on a donné la liberté quand il aurait trente ans, a été condamné aux mines, mais en est revenu avant sa trentième année, il n'en aura pas moins le

(1) Directe.

(2) Et il ne pourra par conséquent pas être l'héritier nécessaire de son ancien maître.

neque metallorum pœna jus ejus mutari : nec aliud, si heres esset sub conditione institutus, futurum enim eum etiam necessarium ». *l.* 46. *ff.* 40. 4. *de manum. testam.* Pomp. *lib.* 7. *ex variis lection.*

§. II. *Oportere ut necessario heredi fuerit relicta libertas quam testator ei non deberet.*

IX. Servus non potest a domino institui heres, nisi simul et dominus justam relinquat libertatem : ut jam supra vid. tit. 5. *de hered. instit.* n. 12.

Ut autem sit domino necessarius heres, oportet ut dominus non debuerit ei libertatem quam ei relinquit.

Hinc, « si servo fideicommissaria data esset libertas, deinde heres hunc eumdem servum cum libertate heredem reliquisset, quæsitum est an necessarius fiat heres? Et humanius est, et magis æquitatis ratione subnixum, non fieri necessarium. Qui enim etiam invito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse jussus non magnum videtur beneficium a defuncto consequi; immo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem ». *l.* 84. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Paul. *lib.* 23. *quæst.*

« Idem probandum erit et in illo servo quem testator ea lege emerat ut manumitteret, si heres fuerit institutus. Nam et hic seposito beneficio testatoris, proprio jure poterit ad libertatem pervenire ex constitutione divi Marci ». *d. l.* 84. §. 1.

« Idem et in eo qui propria sua data pecunia emptus est ab aliquo. Nam et hic poterit ab ipso testatore libertatem extorquere ». *d. l.* 84. §. 1.

Suffragatur Ulpianus : « Si quis dederit nummos domino ut manumittatur, puto huic omnimodo esse succurrendum (1) ». *l.* 71. §. 2. *ff.* 29. 2. *de acquir. vel. omitt. hered.* Ulp. *lib.* 61. *ad ed.*

X. Quod si servo testatoris non præsens sed in diem debebatur libertas; interim erit quidem necessarius, die autem adveniente potest abstinere.

V. G. « si quis hac lege emptus sit, ut intra certum diem manumittatur, et cum libertate heres institutus sit; an ei succurrendum sit, ut se abstineat, videamus. Magisque est ut, donec dies non extiterit, possit ei necessarius heres effici, et non possit sese abstinere. Sin autem dies præteritus fuerit, tunc non necessarius, sed voluntarius (2) heres efficitur, et potest se abstinere, secundum exemplum ejus cui fideicommissaria libertas sub conditione debebatur ». *d. l.* 71. §. 1.

(1) Ut possit se abstinere.

(2) Non eo sensu ut jam possit heres esse, vel non esse, quum is qui heres semel fuit, non possit desinere esse heres; sed ut possit, si velit, abstinendo a bonis hereditariis, actiones non excipere.

legs qui lui a été fait et la liberté ; la peine qu'il aura subie ne lui portera aucun préjudice à cet égard ; car il en sera comme s'il eût été institué héritier sous condition, et il pourra être aussi héritier nécessaire ».

§. II. *Il faut que le testateur ait donné à l'esclave qu'il a institué son héritier nécessaire la liberté qu'il ne lui devait pas.*

IX. Un esclave ne peut pas être institué héritier par son maître, si celui-ci ne lui donne pas en même tems une juste liberté, comme on l'a vu ci-dessus au titre *de l'institution d'héritier, n.* 12.

Et pour qu'il soit l'héritier nécessaire de son maître, il faut que celui-ci ne lui dût pas la liberté qu'il lui a donnée.

C'est pourquoi « si l'on a donné la liberté fidéicommissaire à un esclave, et qu'ensuite on l'ait institué héritier en lui donnant la liberté, pourra-t-il être héritier nécessaire ? Le mieux et le plus conforme à la raison d'équité est de dire qu'il ne le pourra pas ; car le maître d'un esclave qui pouvait parvenir à la liberté malgré lui, ne lui fait pas une grande grâce, ou plutôt ne lui en fait aucune en lui donnant cette liberté qu'il lui devait ».

« Il faut dire la même chose d'un esclave que le testateur avait acheté à condition de l'affranchir, et qu'il a ensuite institué héritier ; car cet esclave aurait pu devenir libre en vertu de la constitution de Marc-Aurèle, indépendamment des dispositions de son maître ».

« Il en est encore de même de celui qui a fourni l'argent dont il a été acheté, parce que celui-là pourrait aussi obtenir la liberté quand son maître ne la lui aurait pas donnée par son testament ».

A l'appui de quoi Ulpien dit, et suivant moi : « Il faut subvenir de toute manière (1) à celui qui a donné une somme à son maître pour prix de sa liberté ».

X. Mais si la liberté due à un esclave du testateur ne lui est pas due actuellement, et seulement à un terme non échu, il pourra être son héritier nécessaire jusqu'à ce terme, et cessera de l'être quand ce terme sera échu.

Par exemple, « si un esclave a été acheté sous la condition qu'il serait affranchi sous un tems donné, et qu'ensuite son maître l'ait institué son héritier en lui donnant la liberté ; faudra-t-il lui subvenir pour le dispenser d'être son héritier nécessaire ? Le mieux est de dire qu'il pourra l'être et qu'il ne pourra pas même s'en dispenser jusqu'au terme où il doit devenir libre ; mais que si ce terme est échu, il ne sera pas son héritier nécessaire, mais bien son héritier volontaire (2), c'est-à-dire, qu'il pourra s'abstenir de

(1) Afin qu'il puisse s'abstenir d'être héritier nécessaire.

(2) Non pas en ce sens qu'il puisse être héritier ou ne pas l'être, puisque quand on a été une fois héritier on ne peut plus cesser de l'être ; mais en ce sens qu'il puisse s'il veut, en s'abstenant de la succession, être dispensé de défendre aux actions des créanciers.

Item alibi : « Qui fideicommissam libertatem sub conditione accepit, potest ab herede pure cum libertate heres institui ; et non expectata conditione libertatem et hereditatem consequitur, et erit interim necessarius : et existente conditione voluntarius heres efficietur, ut non desinat (1) heres esse, sed ut jus in eo mutetur successionis (2) ». *l.* 3. *ff.* 28. 5. *de hered. inst.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

§. III. *Oportere ut necessario heredi libertas et hereditas simul deferantur, et ex ipso testamento libertas competat.*

XI. Hoc sequitur ex principiis supra relatis. Enimvero si V. G. competeret libertas servo heredi instituto, antequam institutionis conditio existeret, posset quidem esse heres, sed non necessarius ; si quidem necessarius heres esse non potest nisi tempore existentis conditionis sit in hereditate testatoris, supra §. 1. Verum, hoc casu, ut fieri possit necessarius heres, benigne receptum est ut libertas differatur in diem conditionis sub qua institutus est heres. Sic accipe quod ait Ulpianus : « Sed si in diem libertas, hereditas autem sub conditione data sit ; si conditio post diem advenientem extiterit, liber et heres erit ». *l.* 9. §. 18. *ff.* 28. 5. *de hered. ib. instit.* Ulp. *lib.* 5. *ad Sab.*

Hinc et Pomponius : « Servo libertatem pure, hereditatem sub conditione dari posse verissimum puto : ut tamen utrumque ex conditione pendeat ». *l.* 21. §. 1. *d. tit. lib.* 1. *ad Sab.*

Ita tamen libertas a conditione pendebit, ut differatur quandiu extitura speratur, non ut deficiente ea deficiat.

Hinc statim sequitur : « Et expleta quidem conditione liber heresque erit, quocumque loco libertas data (3) fuerit ; deficiente autem conditione, perinde habetur, ac si libertas sine hereditate data fuerit ». *l.* 22. *d. tit.* Julian. *lib.* 30. *digest.*

Hinc, « quum servus pure liber scribitur, et heres sub conditione, placet, deficiente conditione, habere eum libertatem ». *l.* 14. *ff.* 40. 4. *de manum. testam.* Ulp. *lib.* 8. disp.

(1) Nam qui semel heres fuit, non potest desinere esse heres.

(2) Scilicet ut qui ante invitus actionibus hereditariis erat obnoxius, jam possit, abstinendo a bonis, adversus eas tueri se exceptione.

(3) Forte, sive in ipso loco institutionis, sive in alio loco testamenti.

de l'être comme le pourrait celui à qui la liberté fidéicommissaire serait due sous condition ».

On lit aussi ailleurs : « Celui qui a reçu la liberté fidéicommissaire peut être institué héritier purement et simplement par l'héritier de celui qui la lui a donnée, et alors il obtient sa liberté avec la succession, sans attendre que la condition soit remplie. Il est, dans le tems intermédiaire, héritier nécessaire, et quand la condition est remplie il devient héritier volontaire, de manière qu'il ne cesse pas d'être héritier (1), mais que son droit à la succession a seulement changé (2) ».

§. III. *Il faut que l'héritier nécessaire obtienne en même tems la succession et la liberté, et qu'il devienne libre en vertu du testament.*

XI. Ce qui d'ailleurs est une conséquence des principes ci-dessus établis. En effet, si, par exemple, la liberté était donnée à un esclave institué héritier avant que la condition de son institution fût remplie, il serait bien héritier; mais il ne pourrait pas être héritier nécessaire, puisque pour cela il faudrait qu'il eût appartenu à la succession au tems où la condition aurait été remplie (*voy. ci-dessus*, §. 1); et, dans ce cas, pour qu'il soit héritier nécessaire, on diffère selon l'usage reçu, sa liberté jusqu'au jour où la condition de son institution sera remplie. C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Ulpien, que « si la liberté a été donnée à un terme et la succession sous condition, l'esclave sera libre et héritier si la condititition est remplie au terme ».

De là Pomponius dit : « Suivant moi il est très-vrai de dire qu'on peut donner la liberté purement et simplement à un esclave en l'instituant héritier sous condition; mais cependant de manière que la succession et la liberté dépendent de la condition ».

Toutefois, la liberté dépendra de la condition tant qu'on pourra espérer qu'elle sera remplie; mais si elle ne l'est pas l'esclave n'en sera pas moins libre.

C'est pourquoi la loi ajoute immédiatement : « L'esclave sera libre et héritier quand la condition sera remplie, en quelque endroit du testament que la liberté ait été donnée (3); mais si elle n'est pas remplie, il en sera comme si la liberté eût été donnée sans la succession ».

Ainsi donc, « lorsqu'un esclave est institué héritier sous condition, et que la liberté lui est donnée purement et simplement, il est décidé qu'il sera libre quand la condition ne serait pas remplie ».

---

(1) Parce que celui qui a été héritier l'est toujours.

(2) C'est-à-dire, que celui qui, auparavant, était tenu malgré lui des actions héréditaires, peut, en substituant de la succession, en opposer l'exception à ces mêmes actions.

(3) C'est-à-dire, peut-être si la liberté lui a été donnéé dans son institution ou dans quelqu'autre endroit du testament.

XII. Vice versa, si servo proprio heredi instituto dies hereditatis cederet antequam libertas ei competeret, nullatenus posset esse heres. Verum (ut vid. supra tit. 5. de hered. n. 16) benigne receptum est differi institutionem donec ei competat libertas, ut possit esse heres.

Quod si non tam ejus libertas pendeat, quam illud, an ex causa testamenti, an aliunde ei competiisse videatur : quum non possit esse necessarius heres, nisi ex ipso testamento libertas ei competat, differetur etiam institutio, ut appareat an necessarius, an volontarius heres esse debeat.

Hoc docet Neratius in specie, in qua servum pupillo substitutum pupillus vendidit, et Titius emptor eum testamento liberum heredemque esse jussit. Ita ille : « Quod ad vim autem ejus institutionis pertinet, ita se res habet; ut, quandiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento libertatem hereditatemque (1) consequi non possit : si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque fit, ac si pupillo substitutus non fuisset. Si pupillo heres extitit, proprius est ut Titio quoque, si velit (2), heres esse possit ». *l.* 54. *ff* 28. 5. *de hered. inst. v. quod ad vim.* Nerat: *lib.* 1. membran.

Idem docet Scævola : « Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit; eumque emptor liberum heredemque instituere, numquid (3) iste in substitutione habeat substitutus universum? Et, si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, necessarius ex testamento emptoris heres extitit : sin vero intra pubertatem decesserit, ex substitutione quidem liber et heres fit, et necessarius patri pupilli; emptori autem voluntarius heres extitit ». *l. fin.* §. 2. *ff.* 28. *de vulg. et pupill. substit. lib. sing. quæst. publice tractat.*

ARTICULUS II.

Quando liberi parenti heredes sui ac necessarii sint?

XIII. Ad hoc requiritur 1°. ut tempore delatæ ipsis hereditatis sint in ejus familia. Non erunt igitur sui heredes, si ante delatam hereditatem jura familiæ amiserint.

---

(1) Ratio est, quia alienatio hujus servi a pupillo facta non potuit causam substitutionis pupillaris infringere. Porro eam infringeret, si, pendente pupillaris substitutionis causa, posset ab emptore libertatem consequi; quia postea adveniente dicto pupillaris substitutionis casu, non posset jam existeret pupillo necessarius heres. Dicendum igitur, et libertatem ei ab emptore relictam et hujus institutionem differri debere in diem quo deficiet pupillaris substitutio : contra vero casu pupillari substitutionis adveniente, alienationem servi infirmari.

(2) Id est, voluntarius erit.

(3) Id est, numquid habebit libertatem et hereditatem ex substitutione?

XII. Réciproquement lorsque le testateur a institué héritier son propre esclave, si la succession s'ouvre avant le terme où l'esclave doit être libre, il ne pourra pas être héritier ; mais, comme on l'a vu ci-dessus au titre *de l'instit. d'hérit. n.* 16, il a été bénignement reçu de différer l'institution jusqu'au terme de la liberté, afin qu'il puisse être héritier.

Mais si en même tems le terme de sa liberté n'est pas échu, et il est incertain qu'il doit la recevoir en vertu du testament, comme il ne peut pas être héritier nécessaire, à moins que sa liberté ne lui soit donnée par le testament, son institution sera elle-même déférée pour qu'on voie s'il doit être héritier nécessaire ou héritier volontaire.

C'est ce qu'enseigne Neratius dans l'espèce d'un pupille qui avait vendu un esclave qui lui était substitué, et que Titius acheteur avait institué son héritier en lui donnant la liberté. « Quant à la force de cette institution, dit-il, elle est telle que tant qu'il peut être héritier du pupille en vertu de sa substitution, il ne peut pas obtenir la liberté ni être héritier de Titius en vertu de son testament (1), si le pupille reste en tutelle comme s'il est héritier et libre en vertu du testament de Titius, il ne sera pas substitué au pupille. S'il est héritier du pupille on pourra dire qu'il sera aussi héritier de Titius s'il le veut (2) ».

Scævola enseigne la même chose : « Si un pupille a vendu un esclave qui lui était substitué, et que l'acheteur lui ait donné la liberté en le faisant son héritier, cet esclave (3) n'aura-t-il pas l'un et l'autre comme substitués ? Et si pupille est devenu majeur, il sera héritier nécessaire de l'acheteur en vertu du testament. S'il est mort avant sa majorité, il sera libre et héritier de ce pupille, mais héritier nécessaire de son père et héritier volontaire de l'acheteur ».

ARTICLE II.

Quand les enfans sont héritiers siens et nécessaires de leur père.

XIII. Pour qu'ils aient cette qualité il faut, 1°. qu'ils soient dans sa famille quand la succession lui est déférée. Ils ne seront donc pas héritiers siens s'ils ont perdu les droits de famille avant que la succession fût déférée.

---

(1) La raison en est que la vente de cet esclave faite par le pupille n'a pas pu changer la cause de la substitution pupillaire : or, elle la changerait si la cause de la substitution pupillaire étant suspendue ; l'esclave pouvait recevoir la liberté de l'acheteur, parce que le cas de cette substitution avenant, il ne pourrait pas être héritier nécessaire du pupille. Il faut donc dire que la liberté donnée par l'acheteur, et l'institution, doivent être différées jusqu'au jour où la substitution pupillaire cessera d'avoir lieu ; mais qu'au contraire le cas de la substitution pupillaire arrivant, la vente sera nulle.

(2) C'est-à-dire, qu'il sera héritier volontaire.

(3) C'est-à-dire, n'aura-t-il pas la liberté et la succession, en vertu de sa substitution.

Hinc « sub conditione filius institutus, si pendente conditione adrogandum se dedit, necessarius heres non erit». *l.* 20. *ff.* 28. 2. *de lib. et posth.* Modest. *lib.* 2. *Pandectarum.*

Cæterum « aperturæ (1) tabularum dilatio necessarii heredis jus non mutat, ut solemus in substituto impuberis dicere. Nam est relatum, si se adrogandum dederit substitutus impuberi defuncti filius, necessarium eum fore ». *l.* 3. §. 4. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

2°. Sui ac necessarii heredes sunt qui tempore delatæ sibi hereditatis, proximum in familia defuncti gradum obtinent. Sed et illi tamen quos pater eorum in familia præcedit, defuncto a quo heredes scripti sunt, necessarii existunt; non quidem ut sibi, sed ut patri in cujus potestatem recidunt, hereditatem ignoranti et invito acquirant : ut vid. lib. seq. tit. 2. de acq. vel omitt. hered. n. 3.

ARTICULUS III.

Quando quis ex substitutione pupillari, sit pupillo necessarius heres?

XIV. Ex substitutione pupillari defertur impuberis hereditas substituto; vel ut eam substitutus suo arbitrio adeat, si sit voluntarius heres; vel sic ut ei ignoranti et invito acquiratur, si sit necessarius heres.

Quis autem pupillo necessarius heres? Nimirum « quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio; ut servum meum, et fratrem suum quamvis in rebus humanis nondum sit : posthumus igitur erit fratri heres necessarius ». *l.* 10. §. 1. *ff.* 28. 6. *de vul. et pupill. subst.* Ulp. *lib.* 4. *ad Sab.*

Quemadmodum igitur (vid. supra n. 5) servum, quem cum alio communem habeo, heredem necessarium mihi facere possum, si partem redemero, ita « si servus communis substitutus sit impuberi cum libertate, si quidem a patrefamilias fuisset redemptus, erit impuberi necessarius ».

« Si vero ab impubere redemptus, non necessarius, sed vo-

(1) Quamvis ex legibus caducariis deferretur hereditas demum ex apertura tabularum extraneis heredibus, tamen suis heredibus ex die mortis testatoris deferebatur et acquirebatur. Hoc posito, sensus est : quidquid contingat *suo* heredi post mortem testatoris intra dilationem aperturæ tabularum, non potest mutare jus ipsi ex die mortis quæsitum; adeoque, etiamsi jura familiæ amittat, perget esse testatori necessarius heres. Imo impuberi ex substitutione pupillari erit heres necessarius, quamvis tempore delatæ pupillaris hereditatis ipse sit in extranea familia. Sufficit enim eum habuisse jura familiæ tempore mortis testatoris, quum et patris et filii sit unum testamentum.

C'est pourquoi « si un fils institué héritier sous condition s'est donné en adrogation avant que la condition fût remplie, il ne sera pas héritier nécessaire ».

Mais, « si l'on a différé l'ouverture du testament (1), ce délai ne changera pas le droit de l'héritier nécessaire, comme on a coutume de le dire par rapport aux substitués d'un impubère; car, ainsi qu'on l'a dit, si le fils du testateur étant substitué à un impubère, s'est donné en adrogation, il sera héritier nécessaire ».

2°. Les héritiers siens et nécessaires, sont ceux qui tiennent le premier rang dans la famille du défunt, lorsque sa succession leur est déférée; et même ceux que leur père précède dans la famille, sont héritiers nécessaires du défunt qui les a institués ses héritiers, non pas à la vérité en ce sens, qu'ils acquièrent pour eux la succession, mais qu'ils l'acquièrent pour leur père, sous la puissance duquel ils retombent, à son insu et malgré lui, comme on le verra dans le livre suivant, *tit. de la manière d'accepter une succession ou d'y renoncer.*

ARTICLE III.

Quand on est héritier nécessaire d'un pupille en vertu de la substitution pupillaire?

XIV. En vertu de la substitution pupillaire, la succession d'un impubère est déférée à son substitué pour l'accepter s'il est son héritier volontaire, ou pour la lui acquérir à son insu et malgré lui s'il est son héritier nécessaire.

Mais quel est celui qui est héritier nécessaire d'un pupille? « Ceux que je peux faire mes héritiers nécessaires, je peux aussi les faire héritiers nécessaires de mon fils, comme mon esclave ou un autre de mes enfans, quoiqu'il n'existe pas encore; d'où suit qu'un posthume peut être héritier nécessaire de son frère ».

Ainsi de même que, comme on l'a vu ci-dessus n. 5, je puis faire mon héritier nécessaire l'esclave que je possède en commun, si j'en ai acheté la portion de mon associé, de même aussi, « si l'on a substitué un esclave commun à un impubère en lui donnant la liberté, il sera héritier nécessaire de l'impubère, si l'on en a acheté la portion qu'on ne possédait pas ».

« Mais si cette portion a été achetée par l'impubère, il ne sera

(1) Quoique d'après les lois fiscales ou caducaires la succession ne fût déférée aux étrangers que par l'ouverture du testament, cependant elle était déférée et acquise aux héritiers siens du jour de la mort du testateur. Quoi posé, le sens est que, quoiqu'il arrive à l'héritier sien après la mort du testateur, jusqu'à l'ouverture du testament, rien ne peut changer le droit qui lui est acquis du jour de la mort du testateur; et par conséquent, quoiqu'il perde le droit de famille, il ne cessera pas d'être son héritier nécessaire. Il le sera même de l'impubère en vertu de la substitution pupillaire, quoiqu'il soit dans une famille étrangère au moment où la succession du pupille est déférée, parce qu'il suffit qu'il eût les droits de famille à la mort du testateur, le testament du père et celui du fils n'étant que le même testament.

luntarius (1) fit heres, ut Julianus, libro 30 Digestorum, scribit ».

« Quod si neque a patre, neque a pupillo fuerit redemptus, æquitatis ratio suggerit ut ipse pretium partis suæ domino offerens possit et libertatem (2) et hereditatem consequi ». *l.* 18. *ff.* 28. 6. *de vulg. et pupill. subst.* Ulp. *lib.* 16. *ad Sab.*

TITULUS VII.

De conditionibus institutionum.

Transfusus est in titulum de condition. et demonstrat. infra, *lib.* 35.

TITULUS VIII.

De jure deliberandi.

§. I. *De jure Pandectarum circa* jus deliberandi.

I. *Heredibus* datur tempus ad deliberandum, an ipsis expediat hereditatem, quæ ipsis delata est; adire. Hoc tempus jure Pandectarum solebat a testatore præfiniri, quod *cretio* vocabatur: de qua cretione agemus tit. 2. de acquir. vel omitt. hered. infra, lib. seq.

Quod si testator nullum tempus heredibus ad deliberandum statuerat, hoc casu prætor heredibus ipse ea in re succurrebat. Nam « ait prætor: *Si tempus* ad deliberandum petet, dabo, ». *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 60. *ad ed.*

II. Illis hoc tempus datur quibus delata est hereditas.

Et, si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos observaturum se ait prætor, id quod de præfiniendo tempore deliberationis edicit: videlicet ut a primo quoque ad sequentem translata hereditate, quamprimum inveniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere ». *l.* 10. Marcell. *lib.* 60. dig.

III. Et quidem non solum heredibus voluntariis datus hoc tempus ad deliberandum, sed et suis heredibus datur, si dubitant an retinere hereditatem sibi expediat nec ne; maxime si nondum se immiscuerunt aut abstinuerunt.

Sed et « si quis suus heres posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus an impetrare debeat? Ma-

(1) Hunc enim necessarium heredem facere potest filio, quam sibi facere potuisset: atqui hunc sibi heredem necessarium facere non potuisset, quum mortis suæ tempore hujus in solidum dominus non fuerit; ergo nec filio potuit.

(2) Quum scilicet libertas ipsi relicta est. Quod si sine libertate servus communis substitutus esset, domini jussu adiret.

pas son héritier nécessaire, mais il sera son héritier volontaire (1), comme l'a dit Julien au *liv.* 30 *du Digeste.*

« Mais si cette portion n'a été achetée ni par le père, ni par le pupille, la raison d'équité veut qu'il puisse devenir libre et héritier, en offrant à son second maître la moitié de sa valeur (2) ».

TITRE VII.

Des conditions des institutions.

Ce titre a été fondu dans le titre *des conditions et désignations testamentaires*, ci-apres, *liv.* 35.

TITRE VIII.

Du droit de délibérer.

§. I. *Du droit des Pandectes par rapport au droit de délibérer.*

I. On accorde aux héritiers un délai pour examiner s'il leur convient d'accepter la succession qui leur est déférée. Sous le droit des Pandectes, le testateur avait coutume de fixer ce délai, qu'on appelait délai de délibération. Nous en allons traiter ci-après dans le livre suivant, *de la manière d'accepter une succession ou d'y renoncer.*

Si le testateur n'avait fixé aucun délai pour accepter sa succession, le préteur venait à cet égard au secours des héritiers. Car, « le préteur dit : s'il demande un délai pour délibérer, je le lui accorderai ».

II. Ce délai est donné à ceux à qui la succession est déférée.

Et « s'il y a plusieurs degrés d'héritiers substitués, le préteur dit qu'il observera les dispositions de son édit, par rapport à chacun sur le délai à donner pour délibérer; c'est-à-dire, pour que la succession transférée du premier au second, il se trouve un successeur qui puisse répondre aux créanciers du défunt ».

III. Et ce délai de délibération est donné, non-seulement aux héritiers volontaires, mais encore aux héritiers siens s'ils doutent qu'il leur convienne de retenir la succession, et surtout s'ils ne s'y sont pas encore immiscés, ou n'ont pas déclaré s'en abstenir.

Et même, si un héritier sien a déjà déclaré s'abstenir de la succesion, on examine encore s'il doit obtenir un délai pour délibérer lorsqu'il le demande, et le mieux est de dire qu'il doit

(1) Car on ne peut faire pour son fils que l'héritier nécessaire qu'on peut faire pour soi-même; or, il n'aurait pas pu le faire son héritier nécessaire puisqu'il n'en était pas seul propriétaire à sa mort; il n'a donc pas pu le faire héritier nécessaire de son fils.

(2) C'est-à-dire, lorsque la liberté lui a été donnée; car si cet esclave commun eût été substitué sans qu'on lui eût donné la liberté, il accepterait la succession par l'ordre de son maître.

gisque est ut ex causa debeat impetrare, quum nondum bona venierint ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 61. *ad ed.*

IV. « Si servus fuerit heres institutus, utique non ipsi præstituimus tempus ad deliberandum, sed ei cujus servus est, quia pro nullo isti habentur apud prætorem. Itemque si plurium servus sit, utique omnibus dominis præstituemus ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 60. *ad ed.*

V. Jam videndum quantum sit istud tempus quod prætor concedit. Et « quum dicit *tempus*, nec adjicit diem, sine dubio ostendit esse in jus dicentis potestate, quem diem præstituat ». *d. l.* 1. §. 2.

Scilicet ultra centum dies. Moribus enim hoc spatium in ea re statutum est quasi brevissimum.

« Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi ». *l.* 2. Paul. *lib.* 57. *ad ed.*

VI. « Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam sæpius, diem ad deliberandum datum esse, dum prætori suadetur tempus, quod primum aditus præstituerat, non sufficisse ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 60. *ad ed.*

« Sed hoc impetrari non debet ni ex magna causa ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 61. *ad ed.*

VII. Parum fuisset heredibus tempus dare ad deliberandum, nisi fieret eis copia instrumentorum ex quibus vires hereditatis possint explorare. Ea etiam in re illis subvenit prætor, ut « Aristo scribit : Non solum creditoribus, sed et heredi instituto prætorem subvenire debere, hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut exinde instruere se possint, expediat nec ne agnoscere hereditatem ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 70. *ad ed.*

Idem « Aristo existimat, prætorem aditum facultatem facere debere heredi rationes defuncti ab eo petere penes quem depositæ sunt, deliberanti de adeunda hereditate ». *l.* 28. *ff.* 29. 2. *de acq. vel omitt. hered.* Ulp. *lib.* 8. *ad Sab.*

VIII. Circa ea etiam quæ heredi, dum deliberat, permittat sint nec ne, propositum est prætoris edictum; nimirum « ait prætor : *Si pupilli, pupillæve nomine postulabitur tempus ad deliberandum, en expediat eum hereditatem retinere, et hoc datum sit : si justa causa esse videbitur, bona interea deminui, nisi si causa cognita boni viri arbitratu, vetabo* ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 60. *ad ed.*

« Merito prætor impedit interim deminutionem, quandiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum ». *d. l.* 7. §. 1.

« Quid sit autem *deminui vetabo*, videamus. His verbis prætor non tantum alienationem impedit, verum etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum ei cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere. Et ita Labeo scribit ». *d. l.* 7. §. 2.

l'obtenir en connaissance de cause, lorsque les biens ne sont pas encore vendus ».

IV. « Lorsque c'est un esclave qui a été institué héritier, l'édit ne lui donne pas à la vérité un délai pour délibérer, parce qu'un esclave est nul aux yeux du préteur, mais on l'accorde à son maître, ou à ses maîtres s'il en a plusieurs ».

V. Voyons maintenant quelle est la durée de ce délai qu'accorde le préteur. Et « quand le préteur dit un tems sans dire quel tems; il entend indubitablement réserver le pouvoir de fixer ce tems au juge qui doit connaître de la cause ».

C'est-à-dire, au moins à cent jours, car c'est là le terme le plus court selon l'usage reçu.

« On ne peut donc pas donner pour délibérer un délai pour moins de cent jours ».

VI. « Il faut aussi savoir qu'on donne pour délibérer quelquefois un seul délai, mais quelquefois plusieurs; c'est-à-dire, dans les cas où le préteur juge que le premier délai accordé n'était pas suffisant ».

« Mais ce n'est que sur des raisons majeures ».

VII. C'eût été peu de donner aux héritiers un délai pour délibérer, si on ne leur eût pas donné aussi les moyens de connaître les forces de la succession par les titres qui les constataient, et le préteur leur est encore subvenu à cet égard. Ariston dit que le préteur doit venir au secours, non-seulement des créanciers, mais encore de l'héritier institué, et leur donner la faculté de consulter les titres de la succession, pour s'assurer qu'il leur convient ou qu'il ne leur convient pas de l'accepter ».

Le même « Ariston pense que le préteur, si on le lui demande doit donner à celui qui délibère pour accepter ou ne pas accepter la succession, action à l'effet de forcer le dépositaire des titres du défunt à les lui communiquer ».

VIII. L'édit du préteur a aussi pour objet de fixer ce qui est ou n'est pas permis à l'héritier qui délibère, le préteur dit : « Si l'on demande au nom d'un pupille ou d'une pupille, un délai pour examiner s'il leur convient de retenir la succession, quoiqu'on leur en ait déjà donné un, je l'accorderai s'il y en a des motifs suffisans, et à moins qu'il n'apparaisse en connaissance de cause que les biens doivent en souffrir ».

« C'est avec raison que le préteur veut empêcher que les biens ne dépérissent, pendant qu'on demande au nom du pupille des délais pour délibérer ».

» Mais que veut dire le préteur, en disant qu'il empêchera que les biens ne dépérissent? Le préteur veut dire par ces mots, non-seulement qu'il empêchera que les biens ne soient vendus, mais qu'il empêchera aussi que les actions ne soient exercées, parce

« In causæ autem cognitione hoc vertitur an justa causa sit, ut deminuere prætor permittat. Ergo et funeris causa deminui permittet, item eorum quæ sine piaculo non possunt præteriri ».

« Vescendi gratia æque deminui pemittet ». *d. l.* 7. §. 3.

« Enimvero « filius, dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate ». *l.* 9. Paul. *lib.* 68. *ad ed.*

« Sed et ubi urget, ex aliis quoque causis permittere eum oportet : puta, ut ædificia sarciantur; ne agri inculti sint; si qua pecunia sub pœna debetur, ut restituatur; ne pignora distrahantur. Ex aliis quoque justis causis prætor aditus diminutionem permittit : neque enim sine permissu ejus debet deminutio fieri». *sup. d. l.* 7. §. 3. *v. sed et ubi.*

IX. Non solum autem filio heredi; sed (si causam alimentorum excipias) ex supra dictis causis cuivis heredi, dum deliberat, alienare permittitur. De quovis enim herede ait Ulpianus : « Si major sit hereditas et deliberat heres, et res sunt in hereditate, quæ ex tractu temporis deteriores fiunt, adito prætore potest is qui deliberat, sine præjudicio eas justis pretiis vendere : qui possit etiam ea quæ nimium sumptuosa sint, veluti jumenta aut venalitia, item ea quæ mora deteriora fiant vendere : quique præterea curaturus sit, ut æs alienum, quod sub pœna vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur ». *l.* 5. §. 1. Ulp. *lib.* 70. *ad ed.*

« Igitur si quidem in hereditate sit vinum, oleum, frumentum, numerata pecunia, inde fieri debebunt impendia : si minus, a debitoribus hereditariis exigenda pecunia. Quod si nulli sunt debitores, aut judicem provocent, vænire debent res supervacuæ ». *l.* 6. Gaius, *lib.* 23. *ad ed. prov.*

§. II. *De separatione bonorum hereditariorium a bonis heredis, et beneficio* inventarii.

X. Adversus æris alieni hereditarii periculum, aliud remedium jure deliberandi plenius imperator Gordianus militibus tribuerat, scilicet separationem bonorum.

Hoc jus ad omnes heredes porrexit Justinianus (*l.* 22. *cod.* 6. 30. *h. t.*); ad eos scilicet qui, juxta formam ab eo in dicta constitutione præscriptam, solenne inventarium rerum hereditariarum confecissent. Voluitque « ut in tantum heridariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant,... et nihil ex sua substantia penitus amittant ». *d. l.* 22. §. 4.

Imo actiones, si quas heredes adversus defunctum habebant, non confundentur ». *d. l.* 22. §. 9.

qu'il serait absurde de défendre la vente des biens et de permettre d'exercer les actions ; et c'est l'avis de Labéon ».

« Mais en connaissance de cause, on examinera s'il n'y a pas de justes raisons pour permettre la diminution des biens ; d'où suit qu'on pourra la permettre pour les dépenses funéraires, ou pour les choses dont on ne peut se dispenser qu'en encourant des peines ».

« On pourra la permettre pour fournir aux alimens ».

En effet, « le fils doit vivre aux dépens de la succession pendant qu'il délibère s'il l'acceptera ».

« Et même on pourra encore la permettre dans d'autres cas urgens, comme pour réparer les maisons, pour ensemencer les terres, et pour payer des dettes contractées sous des clauses pénales. Il y en a encore d'autres pour lesquelles le préteur peut la permettre ; mais elle ne peut avoir lieu que par sa permission ».

IX. Toutefois on la permet, non-seulement en faveur du fils héritier, mais encore de tout autre héritier délibérant, dans tous les cas ci-dessus, si l'on en excepte celui des alimens à fournir au fils ; car Ulpien dit, de toute espèce d'héritier : « Si l'hérédité est considérable, et que la succession contienne des choses qui se détérioreraient pendant que l'héritier délibère, cet héritier délibérant peut s'adresser au préteur, et obtenir la permission de les vendre à leur juste prix, comme aussi les objets de luxe, tels que des chevaux ou autres objets qui devaient être vendus, et pouvaient se détériorer par le laps du tems, soit pour payer des dettes contractées sous des clauses pénales, ou pour lesquelles des objets précieux seraient donnés en gage ».

« Si donc il se trouve dans la succession des vins ou des huiles, on pourra les vendre, et s'il s'y trouve de l'argent comptant, on pourra s'en servir ; et même on pourra faire payer les créances exigibles, mais s'il n'y en a point ou que les débiteurs aient appelé des jugemens qui les condamnaient, on pourra vendre les choses inutiles ».

§. II. *De la séparation des biens héréditaires et de ceux de l'héritier, et du bénéfice d'inventaire.*

X. L'empereur Gordien avait accordé aux militaires un autre moyen de se soustraire aux créanciers de la succession, pendant qu'ils examinaient s'il leur convenait de l'accepter ; c'est-à dire, la séparation des biens.

Justinien étendit ce droit à tous les héritiers (*l.* 22. *cod.* de ce même titre) ; c'est-à-dire, à ceux qui se seraient conformés à sa constitution, en faisant faire un inventaire des biens de la succession, de manière que leurs biens ne fussent pas tenus des dettes héréditaires ».

Ni même les créances qu'ils auraient pu avoir contre le défunt.

Igitur heres qui inventarium confecit, intra quantitatem eo contentam duntaxat tenetur; deducto quod in funus, testamenti insinuationem et inventarii confectionem expensum est. Et quum eam quantitatem solverit, licet posterioribus creditoribus, aut etiam legatariis, nihil ab eo amplius, etiam ab anterioribus creditoribus poterit exigi, nec ab iis qui res hereditarias ab ipsis comparaverunt: salvo creditoribus adversus legatarios et posteriores creditores recursu. Poterunt tamen creditores, si majorem hereditatis quantitatem fuisse contendant, de hac per tormenta servorum et aliunde exquirere: et si quid celasse heres probabitur, in duplum hoc computare tenebitur. ». *d. l.* 22. §. 9 et 10.

Dum autem illud inventarium fit, nullas actiones creditores movere possunt, nec pignora vindicare: nullo tamen circa præscriptionem præjudicio eis generando. *d. l.* 22. §. 11.

Hoc inventarium debet inchoari intra triginta dies, ex quo heres sibi delatam esse hereditatem scivit, et intra sexaginta alios dies perfici. Si tamen heres longius absit a locis in quibus sit maxima pars rerum hereditariarum, annus a morte testatoris numerandus datur, nunquam autem plus anno. ». *d. l.* 22. §. 2 et 3.

Inventarium illud per se, vel per procuratores, in loca ubi res sunt mittendos conficit heres, præsentibus tabulariis; subscriptionemque debet supponere, quæ rerum quantitatem contineat, et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant. Et si scribere non possit, debet coram testibus, a quibus sit notus, specialem tabularium adhibere, qui pro ipso hæc scribat; signo crucis antea manu heredis præposito *d. l.* 22. §. 2.

Illud superest observandum, eos heredes non gaudere hoc beneficio qui antiquum remedium elegerint, et tempus ad deliberandum petierint. Hoc autem tempus novem mensium voluit esse, quum a magistratu petitur; anni, quum a principe; nec nisi semel ab alterutro concedi posse. *d. l.* 22. §. 13.

Constituit præterea ut, qui inventarium facere neglexisset, si quidem adiret, Falcidia careret; si vero repudiaret, restitueret res hereditarias his quibus interest de quarum quantitate deferretur adversus eum jusjurandum, judice quantitatem taxante. *l.* 22. §. 15.

FINIS TOMI X.

L'héritier qui a fait un inventaire, n'est donc tenu que de ce que contenait cet inventaire, déduction faite des frais funéraires, de ceux de l'inventaire et de l'insinuation du testament. Lorsqu'il a payé le montant de l'inventaire, même à des créanciers les moins anciens ou à des légataires, les créanciers antérieurs n'en peuvent donc plus rien exiger, non plus que ceux qui auraient acheté d'eux des biens héréditaires, sauf néanmoins le recours accordé à ces créanciers antérieurs contre les créanciers postérieurs et les légataires. Si cependant les créanciers prétendent que la succession était plus considérable, ils pourront, pour en acquérir la preuve, faire mettre les esclaves à la torture, ou se la procurer de tout autre manière; et si l'héritier est convaincu d'en avoir recelé une partie, il sera condamné au double de la valeur des objets recelés.

Mais pendant que l'inventaire se fait, les créanciers ne peuvent intenter aucune action, ni revendiquer aucun gage, et cependant sans qu'ils puissent en éprouver aucun préjudice par la prescription.

Cet inventaire doit être commencé dans trente jours. A compter de celui où l'héritier a su que la succession lui était déférée, et être terminée dans soixante, à compter du jour où il a été commencé. Si cependant l'héritier est trop éloigné des lieux où sont situés la majeure partie des biens héréditaires, on peut lui donner le délai d'un an, mais jamais davantage.

L'héritier fait cet inventaire par lui-même ou par procureur, dans les lieux où sont situés les biens et par devant notaire. Il souscrit aussi la quantité totale des biens, et « déclare qu'il ne reste rien à inventorier, et qu'il n'a été commis, ni par lui ni par ses préposés, aucune fraude à cet égard ». S'il ne sait pas écrire, il doit faire signer pour lui un autre notaire en présence de témoins qui le connaissent, en traçant de sa propre main un signe de croix.

Il nous reste à observer que ceux qui ont préféré l'ancien moyen et demandé du tems pour délibérer, ne jouissent pas de ce privilége; et l'année donnée par le prince est réduite à neuf mois par le magistrat à qui ce délai est demandé. Elle ne peut non plus être accordée qu'une fois par le magistrat ou même par le prince.

Justinien déclare en outre que celui qui n'aura pas fait d'inventaire, sera privé de la falcidie s'il accepte la succession, que s'il y renonce, il la restituera à ceux à qui elle appartient, et que si le serment lui est déféré sur la quantité des biens remis, cette quantité sera taxée par le juge.

FIN DU TOME X.

TABULA

Qua nominatim leges omnes cum suis paragraphis (§.) et versiculis (V.) ordini Digestorum restituuntur.

In qualibet columna, pars prior indicat seriem ordinis legum, et paragraphorum in Digestis; posterior indicat numerum quem, sub unoquoque titulo, dictæ leges occupant in hoc opere.

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS X.

De suspectis tutoribus et curatoribus.

LEX Hæc clausula. 1... *h. tit. N.* 1
§. 1. Primum igitur. *ibid.*
§. 2. Sciendum est. 2
§. 3. Damus autem jus. 3
§. 4. An autem apud legatum. *ibid.*
§. 5. Ostendimus qui possunt. 4
§. 6. Consequens est. 8
§. 7. Quinimo et mulieres. *ibid.*
§. 8. Si quis de plebeiis. 23
L. Libertus quoque. 2. *ibid.*
L. Tutor quoque. 3. 9
§. 1. Liberti quoque. 10
§. 2. Non tantum autem. 6
§. 3. Sed et si quis. *ibid.*
§. 4. Præterea videndum. 13
§. 5. Nunc videamus, 14
V. quod si quid admisit. 15
§. 6. Quæri potest, si tutor. *ibid.*
§. 7. Idem erit quærendum. *ibid.*
§. 8. Si autem ipse tutor. *ibid.*
§. 9. Quod si quis ita. *ibid.*
§. 10. Si quis abfuturus. *ibid.*
§. 11. Si curator ventri. *Num.* 15
§. 12. Si tutor inimicus. 18
§. 13. Severus et Antoninus. 14
§. 14. Tutor qui alimenta. 17
§. 15. Sed si non latitet. 23
§. 16. Qui pecun. ad prædior. *ibid.*
§. 17. Is tutor qui. 14
§. 18. Qui ob signitiem. 22
V. sed et si quis ob. *ibid.*
L. Hæ enim causæ. 4. *ibid.*
§. 1. Decreto igitur. *ibid.*
§. 2. Quid ergo si non. *ibid.*
§. 3. Si prætor sententia. 21
§. 4. Qui nihil gesserunt. 16
L. Suspectus fieri. 5. 5
L. Quia satisdatio. 6. *ibid.*
L. Impuberibus quidem. 11
§. 1. Si fraus non sit. 14
§. 2. Præterea accesserunt. 17
§. 3 Item si quis tutor. 16
L. Suspectum tutorem. 8. 19
L. Si tutor aliquo. 9 7
L. Decreto prætoris. 10. 21
L. Post finitam. 11. 24
L. *fin.* Nihil proponi. 12. 20

LIBER VIGESIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

De excusationibus.

LEX Herenn. Modestin... *h. tit. N.* 1
§. 1. Faciam autem quoad. *ibid.*
§. 2. Apponam dicendorum. *ibid.*
§. 3. Dicendum igitur primum. 2
§. 4. Libertinis pupillis. *ibid.*
§. 5. Non potest curator... *n.* 8. in tit. *de tut. et curat. dat.*
L. Excusantur a tutela. 2. 20
§. 1. Ætas autem probatur. *ibid.*
§. 2. Remittit a tutela. *Num.* 24
§. 3. Legitimos autem liberos. 26
§. 4. Oportet autem liberos. *ibid.*
§. 5. Hoc autem videtur. 24
§. 6. Qui autem in ventre est. 26
§. 7. Non solum autem filii. 27
§. 8. Numerum autem. 26
§. 9. Amplius autem et qui. 11
L. Tria onera tutelarum. 3. 16
L. Diximus tres. 4. 15
§. 1. Si pater in tribus. 12
L. Tria onera in domo. 5. *ibid.*

L. Si duas habenti. 6. *Num.* 11
§. 1. Grammatici, sophistæ. 36
§. 2. Est autem et numerus. 37
§. 3. Excedere quidem hunc. *ibid.*
§. 4. Et utique non aliter. *ibid.*
§. 5. Et philosophos quidem. 36
§. 6. Nam et Ulpian. *alias* et reprobari. 37 *ibid.*
§. 7. De philosophis autem. *ibid.*
§. 8. Est autem imperatoris. 36
§. 9. Amplius et illud. 37
§. 10. Valde tamen. 38
§. 11. Romæ philosophant. *ibid.*
§. 12. Legum vero doctores. 39
§. 13. Ulpianus libro singulari. 40
§. 14. Gentium præsidatus. 60
§. 15. Tutela non est.... *n.* 1. in tit. *de tutelis.*
§. 16. Remittuntur a tutela. 60
§. 17. Dat remissionem tutelæ. 6
V. nisi secundum testam. *ibid.*
V. nisi postquam scriptum. *ib.*
§. 18. Amplius autem absolvitur. 7
V. quum videtur. *ibid.*
§. 19. De rusticis autem. 19
L. Paupertas sane. 7. 22
I. Sed et milites. 8. 30
§. 1. Qui numirum. ignomin. 31
§. 2. Quandoque autem non. 28
§. 3. Qui autem intra hos. *ibid.*
§. 4. Qui autem inter nocturnos. *ib.*
§. 5. Ita autem si honeste. 29
§. 6. Veteranus autem esse. 31
§. 7. Jam vero et militi. *ibid.*
§. 8. Et de universis. *ibid.*
§. 9. Scribit autem et. 29
V. plane si quis in cohortib. 28
§. 10. Quæsitum est autem. 32
§. 11. Et nihil differt. 30
§. 12. Primipilarii ex. 32
L. Si tribunus. 9. *ibid.*
L. Non solum autem. 10. 58
§. 1. Annus denique hic. *ibid.*
§. 2. Quas denique prius. 56
§. 3. Annus autem copulat. *ibid.*
§. 4. Et qui in testamento. 18
§. 5. Qui primumpilum. 33
§. 6. Similiter et in locum. *ibid.*
§. 7. Si libertus impubes. 54
§. 8. Si quis ita ægrotus. 53
V. adversa quoque. 21
L. Et non tantum. 11. *ibid.*
L. Idem Ulpianus. 12. 53
§. 1. Sunt et alii qui. 18
L. Scire oportet, quoniam. 13. 70
§. 1. Multa vero observari. 69
V. sunt autem constit. temp. 71
§. 2. Aliud etiam invenimus. 72
§ 3. Observabunt autem hoc. *N.* 73
§. 4. Consequens est. 82
§. 5. Ita vero necesse est. 81
§. 6. Sufficit autem intra. 77
§. 7. Si enim quis. 78
§. 8. Scire autem oportet, non. 75
§. 9. Quinquagenta vero. 74
§. 10. Oportet autem una. 75
§. 11. Hæc de iis qui. 82
§. 12. Qui non juste dati. *ibid.*
L. Libertum quum. 14. 67
§. 1. Sed et quum de liberis. 68
§. 2. Sed et si jus. 67
§. 3. Qui propria pecunia. *ibid.*
§. 4. Si plures liberti. 66
L. Spadonem quoque. 15. 21
§. 1. Qui patri promisit. 64
§. 2. Scire oportet, nulli. 4
§. 3. Si quis autem tutor. *ibid.*
§. 4. Similiter autem et qui. *ibid.*
§. 5. Neque librarios. 49
§. 6. Jam autem et Judei. 5
§. 7. Ratiocinatio civitatis. 13
§. 8. Liberti uxorum. 47
§. 9. Si civitatis princeps. 13
§. 10. Qui vectigalia. 49
§. 11. Qui jura multa. 52
§. 12. Qui accepit. 50
§. 13. Qui absolutus est. 76
§. 14. Qui dixerit se. 51
§. 15. Est autem quando. 13
§. 16. Ulp. lib. sing. *de excusat.* 12
§. 17. Si quis creabitur... *n.* 9. in tit. *de admin. tut.*
L. Gaius testamento. 16. 74
L. Non tantum magnitudo. 17. 14
§. 1. Iliensibus et propter. 45
§. 2. Eos qui in corporibus. 43
§. 3. Non omnia. 42
§. 4. Is qui ædilitate. 60
§. 5. Sane notum est. *ibid.*
§. Domini navium. 49
§. 7. Inquilini castrorum. 44
L. Bello amissi. 18. 26
L. Illud usitatissum. 19. 62
L. Si pupillum. 20. 8
L. Propter litem. 21. 9
§. 1. Qui se vult excusare. 65
§. 2. Licet datus tutor. 62
§. 3. Nec senatores. *ibid.*
§. 4. Habenti ergo. *ibid.*
L. Geometræ. 22. 49
§. 1. Hi vero quibus princeps. 61
L. Propter magistratum. 23. 60
§. 1. Si in castris. 34
L. Nequaquam credendum. 24. 67
L. Excusare se. 25. 76
L. Mensores frumentar. 26. 43

L. Legatarius qui. 27. *Num.* 92
L. Tutor petitus. 28. 23
§. 1. Quæ tutoribus. 85
V. quod non habebit. 87
§. 2. Tutorem ad tempus. 17
L. Plane si in exilium. 29 *ibid.*
§. 1. Facilius autem.... *n.* 25. in tit. *de admin. tutor.*
L. Jurisperitos. 30. 35
§. 1. Quum oriundus. 16
§. 2. Qui privilegio. 63
§. 3. Patronus impuberi. 68
L. Si is quis tres tutelas. 31. 12
§. 1. Idem evenire potest. 11
§. 2. Illa quoque erit. 12
§. 3. Eum qui pupillum. 13
§. 4. Cæterum putarem. 16
V. neque igitur fratres. *ibid.*
L. Nesennius-Appollinaris. 32. 88
V. non semper tamen. 87
L. Sed hæc nimium. 33. *ibid.*
L. Ex eis apparet. 34. 89
L. Quid autem, si. 35. 86
L. Amicissimos quidem. 36. 91
§. 1. Lucius-Titius ex tribus. 25
L. Qui testamento. 37. 80
§. 1. Item quæro, si. *ibid.*
L. Quinquagenta dierum. 38. 77
L. Si quum ipse. 39. 78
L. Post susceptam. 40. 21
§. 1. Paupertas quæ. 22
L. Administrantes rem. 41. 61
§. 1. Idemque custoditur. *ibid.*
§. 2. Eorum qui reipublicæ. 59
§. 3. Qui corporis. 42
L. Plane ultra. 42. *ibid.*
L. Libertus senatoris. 43. 46
L. Quum ex oratione. 44. 3
§. 1. Ergo si pupillo. *ibid.*
§. 2. At si antequam. *ibid.*
§. 3. Et quamvis libertinus. 47
L. Titius filiis meis. 45. 57
§. 1. Sed si ita scriptum. *ibid.*
§. 2. Si a prætore. 24
§. 3. Romæ datos tutores. *ibid.*
§. 4. Si tanta corporis. 66
L. *fin.* Qui in collegio. 46. 43
§. 1. Urbici autem pistores. *ibid.*
§. 2. Sed et hoc genus. 18

TITULUS II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis et præstandis.

LEX Solet prætor. 1... *h. tit.* *N.* 1
§. 1. Et solet ex persona. *ibid.*
§. 2. Quamvis autem prætor. *N.* 3
§. 3. Certe non male. 3
L. Officio judicis. 2... } *n.* 5. in tit.
§. 1. Modus autem si. } *de contrar.*
§. 2. Hoc ampl. etsi. } *tut. act.*
L. Jus alimentorum. 3. *Num.* 4
§. 1. Modum autem patrimonii. 5
§. 2. Ante oculos. *ibid.*
§. 3. In amplis tamen. *ibid.*
§. 4. Sed si non constat. *ibid.*
§. 5. Idem ad instruct. 5
§. 6. Sed si egeni sunt. 8
L. Qui filium heredem. 4... *n.* 42. in tit. *de admin. tutor.*
L. Si disceptetur. 5. 1
V. in causæ cognitione. 2
L. *fin.* Si absens sit. 6. .. *n.* 17. in tit. *de susp. tutor.*

TITULUS III.

De tutelæ et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione.

LEX In omnibus quæ. 1... *h. t.* *N.* 38
§. 1. Unde quæritur. 39
§. 2. Sed etsi non mortis. *ibid.*
§. 3. Officio tutoris incumbit. 27
V. de servis quoque. *ibid.*
§. 4. Præterea si matrem. } *n.* 43. in
§. 5. Sed si muns nuptial. } t. *de admin. tut.*
§. 6. Si pupillis tutores. } *n.* 12. in tit.
§. 7. Ergo et si ex.... } *de contrar. tut. act.*
§. 8. Sed et si servis... } *n.* 6. *d. tit.*
§. 9. Item sumpt. litis.. }
§. 10. Nunc tract. si plures. 6
§. 11. Et si quidem omnes. 10
§. 12. Sed etsi non omnes. *ibid.*
§. 13. Et si forte quis. 17
§. 14. Plane si ex dolo. 18
§. 15. Usque adeo autem. 7
§. 16. Hanc actionem. 1
§. 17. Sed et heredi. *ibid.*
§. 18. Non tantum ante. 16
§. 19. Rationibus distrahendis. 58
§. 20. Considerandum est. 62
§. 21. In tutela, ex una. 63
§. 22. Hunc tamen tutorem. *ibid.*
§. 23. Hanc actionem sciend. 61
§. 24. Hæc actio tunc. 60
L. Actione de rationibus 2. 57
§. 1. Quod si furiandi animo. 63
§. 2. Hæc actio licet. 62
L. Si tutelæ aut. 3... *n.* 7. in tit. *de contrar. tut. act.*

L. Nisi finita. 4. *Num.* 19
V. finitur autem non solum.. *n.* 11. in tit. *de tutelis.*
§. 1. Filiumfamilias. 6. 4
§. 2. Si adhuc impubes. 19
§. 3. Cum furiosi curatore. *n.* 15. in tit. *de curator. furios.*
L. Si tutor rem sibi. 5. 34
L. Si filiusf. tutelam administraverit, et. 6. 4
L. Si pupillus heres. 7. 21
§. 1. Si tutor in hostium. 23
L. Quamvis jure. 8. *ibid.*
L. Si tutor reipublicæ. 9. 22
§. 1. Si duobus impuberibus. *ibid.*
§. 2. Si testamento sub. *ibid.*
§. 3. Sed et si quis. *ibid.*
§. 4. Et generaliter. 23
§. 5. Si tutori curator. 19
§. 6. Sed et si fuerit. 22
§. 7. Cæteræ actiones. 24
L. Sed non dantur. 10. *ibid.*
L. Si filiusf. tutelam administraverit, dein. 11. 4
V. neque enim ante. 20
L. Filius autem tutor. *ibid.*
L. Si tutor post. 13. 29
V. sed et illud est verum. 30
L. Si post pubertatem. 14. *ibid.*
L. Si ex duobus tutorib. 15. } *n.* 48. in tit. *de pactis.*
V. quod si conventus. }
L. Si cum adhuc tut. 16. } *n.* 6. in tit. *rem. pup. sal. for.*
§. 1. Cum curatore... }
L. Imperatores Severus. 17. 26
L. Quum tutor negotiis. 18... *n.* 21. in tit. *de negot. gest.*
L. Si probatum est. 19. 41
L. Alterius curatoris. 20... *n.* 44. in tit. *ex quib. caus. major.*
§. 1. Non idcirco actio... *n.* 26. in tit. *de minor. viginti-quinq ann.*
L. Quum pupillus tutelæ. 21. 16
L. Defensor tutoris. 22. 55
L. Convento herede. 23. 65
L. Posthumo tutor. 24.... *n.* 10. in tit. *de eo qui pro tutor.*
L. *fin.* Non solum tutelæ. 25... *n.* 8. *d. tit.*

TITULUS IV.

De contraria tutelæ, et utili actione.

Lex Contraria tutelæ. 1... *h. t. N.* 1
§. 1. Hæc actio non solum... *n.* 9. in tit. *de eo qui pro tuor.*
§. 2. Sed et si curator. *Num.* 16
§. 3. Finito autem officio. 3
V. sed si pro tutore... *n.* 9. in tit. *de eo qui pro tutor.*
§. 4. Præterea, si tutelæ. 11
§. 5. An in hoc judicio. 13
§. 6. Quid tamen si ideo. *ibid.*
§. 7. Ego etsi ex causa. *ibid.*
§. 8. Hanc actionem dandam. 2
L. Longe magis. 2. *ibid.*
L. Qui ergo, si plus. 3. 10
§. 1. Contrarium juidcium. 15
V. consequitur autem. 14
§. 2. Plane si forte. *ibid.*
§. 3. Quare et si in usus. *ibid.*
§. 4. Usuras utrum. *ibid.*
§. 5. Si tamen fuit. *ibid.*
§. 6. Quid ergo si de re. *ibid.*
§. 7. Sufficit tutori. 9
§. 8. Judicio contrario. 8
§. 9. Hanc actionem perpet. 3
L. A tutela remotus. 4. 3
L. Heredem tutoris. 5. 4
L. *fin.* Si tutor pro pupillo. 6. 7

TITULUS V.

De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

Lex Protutelæ action... *h. tit. N.* 1
§. 1. Pro tutore autem. 3
§. 2. Proinde et si servus. *ibid.*
§. Cum eo qui pro tutore. 6
§. 4. Quare si quis finita. 3
§. 5. Sed etsi prius pro. *ibid.*
§. 6. Si quis quasi tutor. 2
§. 7. Si curator impuberi. *ibid.*
§. 8. In pro tutelæ judicio. 7
§. 9. Sed utrum solummodo. *ibid.*
L. Si is qui pro tutore. 2... *n.* 2. in tit. *quod falso tut.*
L. Quæro an is qui. 3. 4
L. Qui pro tutore. 4 7
L. *fin.* Ei qui pro tutore. 5. 9

TITULUS VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

Lex Hujus ed. æquitas. 1... *h. t. N.* 3
§. 1. Verba autem edicti. *ibid.*
V. quod eo auctore. 4
§. 2. Verbis edicti multa. *ibid.*
§. 3. Sed Pomponius. 5
§. 4. Item hoc edictum. *ibid.*
§. 5. Idem Pomp. scrib. Etiamsi. 4
§. 6. Ait prætor: Si. 7
L. Si id (inquit) actor. 2. *ibid.*

L. Plane si is sit. 3. *Num.* 7
L. Minori viginti quinque. 4. *ibid.*
L. Interdum tamen. 5. *ibid.*
L. Pupilli scientia. 6. *ibid.*
L. Novissime prætor ait. 7. 3
§. 1. Non semper tutor. 6
§. 2. Quod ait prætor. 9
§. 3. Pompon. libro 30°. recte. *ib.*
§. 4. Si plures sint qui. 8
L. Et ideo si nihil. 8. *ibid.*
L. Hujus actionis. 9. 10
§. 1. Has in factum. 8
L. Si falso tutore. 10. 9
L. Falsus tutor. 11. 8
§. 1. Qui dolo malo. 6
§. 2. Sed et si quis filiæf. 4
§. 3. Julianus lib. 21°. digest. 6
§. 4. Quod si intra duodecim... *n.* 86. in tit. *solut. matrim.*
L. *fin.* Ex eo quod. 12. 10

TITULUS VII.

De fidejussoribus, et nominatoribus, et heredibus tutorum et curatorum.

Lex Quamvis heres. 1... *h. t.* *N.* 6
§. 1. Quod penes tutorem. 2
L. Postulare tutorem. 2. 7
L. Etiam fidejussorem. 3... *n.* 11. in tit. *rem pup. salv. for.*
L. Quum ostendimus. 4. 6
§. 1. Negligentia plane. *ibid.*
§. 2. Usuras quoque ejus. 2
§. 3. Fidejussores a tutoribus. 7
L. Si cum fidejussoribus. 5..... *n.* 13. in tit. *rem pup. salv. for.*
L. Pupillus contra. 6. } *n.* 10.
L. Si fidejussores. 7.. } *d. tit.*
L. *fin.* Heredes ejus. 8... *n.* 83. in tit. *de excusationib.*
§. 1. Paulus respondit, Tale. 3

TITULUS VIII.

De magistratibus conveniendis.

Lex In ordinem. 1... *h. t.* *Num.* 9
§. 1. Neque prætor. *ibid.*
§. 2. Si præses prov. denuntiare. 4
V. plane si præses. 3
§. 3. Si præses prov. nominibus. 4
§. 4. Non tantum pupilli. 5
§. 5. Si curatores fuerunt. 3
§. 6. Magistratibus imputatur. 2
§. 7. Sciendum autem est. *ibid*
§. 8. Divus Hadrianus. 3
§. 9. Si inter magistratus. 10
§. 10. Si quando desinit... *n.* 6. in tit. *de tutorib. et curat. datis.*
§. 11. Si magistratus ab initio. *N.* 2
V. quod si satis exegit. *ibid.*
§. 12. Sed et si satis non exegit. 12
§. Probatio autem non. 2
§. 14. Privilegium in bonis. 14
§. 15. Exigere autem cautionem..... } *n.* 2. in tit. *rem pup. solv. for.*
§. 16. Plane ubi serv. }
§. 17. Si filiusfamilias fuit. 7
L. Proponebatur duos. 2. 6
L. Quod si tutor. 3. *ibid.*
L. Non similiter. 4. 8
L. Duo tutores partiti. 5. 13
L. Quod ad heredem. 6. 8
L. In magistratus. 7. 11
L. Magistratus a curatoribus. 8. *ibid.*
L. *fin.* An in magistratibus. 9. 14

TITULUS IX.

De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis, vel supponendis.

Lex Imperator. Severi. 1... *h. t.* *N.* 1
§. 1. Quæ oratio. *ibid.*
§. 2. Et sunt verba. *ibid.*
§. 3. Si defunctus. 7
§. 4. Si minor 25°. annis. 6
L. Sed hic videtur. 2. *ibid.*
L. Sed si pecunia. 3. 12
§. 1. Pignori tamen capi. *ibid.*
§. 2. Item quæri potest, si. 11
§. 3. Idemque erit dicendum. *ibid.*
§. 4. Si jus εμφυτευτικον. 2
§. 5. Nec ususfructus. 6
§. 6. Si lapicidinas. 2
L. Quod tamen. 4. 2
L. Magis puto. 5. *ibid.*
§. 1. Sed et si salinas. *ibid.*
§. 2. Si pupillus alienum. 3
§. 3. Si fundus pupillo. *ibid.*
§. 4. Si fundus legatus. 10
§. 5. Si pupillus stipulanti. *ibid.*
§. 6. Sed si pater. *ibid.*
§. 7. Eadem ratione. *ibid.*
§. 8. Fundum autem legatum. 5
§. 9. Non passim tutoribus. 21
§. 10. Idem prætor æstimare. *ibid.*
§. 11. In primis igitur. 22
§. 12. Illud quæri potest. 19
§. 13. Ne tamen titulo. 22
§. 14. Si æs alienum. 17
§. 15. Manet actio pupillo. 23
§. 16. Communia prædia. 8
L. Sed si forte. 6. *ibid.*
L. Si pupillorum. 7. *ibid.*

§. 1. Si pupillus dedit. *Num.* 9
§. 2. Si pater vel parens. 15
§. 3. Si prætor tutoribus. 24
§. 4. Quid ergo si prætor. *ibid.*
§. 5. Si obligavit rem. 13
§. 6. Idem videndum est. *ibid.*
L. Qui neque tutores. 8. 15
§. 1. Sed si curator sit. 16
§. 2. An obligari communia. 8
L. Quamvis antecessor. 9... *n.* 14. in tit. *de auctorit. tutor.*
L. Illicite post senatusconsult. 10. 28
L. Si prædia minoris. 11. 20
L. Non fit contra SC. 12. 12
L. Si fundus sit sterilis. 13. 18
§. 1. Quanquam autem. neque. 27
L. *fin.* Paulus resp. Etsi testam. 14. 7

TITULUS X.

De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.

Lex Lege XII Tab... *h. t.* *Num.* 6
V. et tandiu. 16
§. 1. Curatio autem ejus. 9
L. Sed et aliis. 2. *Num.* 2
§. 1. Dum deliberant. 17
L. Furiosæ matris. 3. 9
L. Curator ex SCto. 4... *n.* 2. in tit. *de curat. bon. dand.*
L. Observare prætorem. 5. 3
L. Consilio et opera. 6. 11
§. 1. Curator dementi. 10
§. 2. Quum dement. curator. *ibid.*
§. 3. Quæsitum est an. 14
L. Bonorum ventris. 7. 17
L. Cujus bonis. 8.... *n.* 2. in tit. *de curat. bon. dand.*
L. Julianus scribit. 9. 1
§. 1. Curator furiosi. 19
L. Ab adgnato. 10. *ibid.*
L. Sæpe ad alium. 11. 7
L. Virum uxori. 12. 9
L. Et mulieri. 13. 1
§. 1. In bonis curatoris. 15
L. Si furioso puberi. 14. 8
§. 1. His consequens est. 3
§. 2. Potuit tamen pater. *ibid.*
§. 3. Sed quid si. *ibid.*
L. *fin.* Curator furiosi. 15. 12

LIBER VIGESIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant.

Lex Testam. est. 1... *h. tit.* *Num.* 1
L. In eo qui. 2. 17
L. Testamenti factio. 3. 10
L. Si quæramus. 4. 1
L. A qua ætate. 5. 15
L. Qui in potestate. 6. 10
§. 1. Surdus, mutus. 18
L. Si mutus. 7. 17
L. Ejus qui apud. 8. 3
§. 1. Si qui aqua. 7
§. 2. In insulam. *ibid.*
§. 3. Sed relegati. *ibid.*
§. 4. Hi vero qui ad ferrum. 3
L. Si quis post. 9. *ibid.*
L. Qui manus amisit. 10. 17
L. Obsides testari. 11. 6
L. Lege Cornelia. 12. 3
V. quare servus.... *n.* 4. in append. ad tit. *de vulg. et pup. subst.*
L. Qui a latronibus. 13. 3
§. 1. Item qui apud externos. 9
§. 2. Si quis in capitali. 7
L. Qui in testamento. 14. 14
L. De statu suo. 15. *ibid.*
L. Filiusf. et servus. 16. } *n.* 79. in tit.
§. 1. Marcell. notat.. } *de legatis.*
L. In adversa. 17. *Num.* 16
L. Is cui lege. 18. *ibid.*
V. quod tamen interdictione. 18
V. merito ergo. 28
§. 1. Si quis ob carmen. 13
L. Si filiusfamilias. 19. 18
L. Qui testamento. 20. 30
§. 1. Potestatis autem. *ibid.*
§. Per contrarium quæri. *ibid.*
§. 3. Quæ autem in. *ibid.*
§. 4. Ne furiosus. 28
V. testam. quoq. quod ante. 18
§. 5. Eum qui lege. 29
§. 6. Mulier testimonium. 28
§. 7. Servus quoque merito. *ibid.*
§. 8. Et veteres putaverunt. 26
§. 9. Non tamen intelligentiam. 27
§. 1. Sed detenti. *Num.* 26
L. Heredes palam. 21. 22
§. 1. Si quid post factum. 23
V. quod vero qui obscurius. *ib.*
§. 2. In testamentis in quib. 25
§. 3. Uno contextu. 23
L. Ad testium numerum. 22. 35
§. 1. Conditionem testium. *ibid.*
§. 2. Si ab ipso. 32
§. 3. Si signa. 37

§. 4. Si quis ex testibus. *Num.* 33
§. 5. Signum autem utrum. 32
§. 6. Posse et nocte. 36
§. 7. Signatas tabulas. 32
L. Si testamentum quod. 23. 37
L. Unum testamentum. 24. 36
L. Si is qui testament. 25. 24
L. Quum lege quis. 26. 13
L. Domitius Labeo. 27. 35
L. Servus licet alienus. 28. 22
L. Ex ea scriptura. 29. 45
§. 1. Ex his verbis quæ. *ibid.*
L. Singulos testes. 30. 33
L. *fin.* Ejus bona. 31. 44

TITULUS II.

De liberis et posthumis heredibus instituendis vel exheredandis.

LEX Quid sit nominat. 1... *h. t. N.* 10
L. Nominatim exheredatus. 2. *ibid.*
L. Et, si pepercerit. 3. *ibid.*
§. 1. Pure autem filium. 11
§. 2. Filius inter medias. 14
§. 3. Ante heredis. 18
§. 4. Inter duos autem. *ibid.*
§. 5. In eo qui miscuit. *ibid.*
§. 6. Si ita testatus sit. 15
L. Placet omnem. 4. 24
L. Ideoque qui. 5. *ibid.*
L. Sed est quæsitum. 6. 25
§. 1. Sed si castratus. *ibid.*
§. 2. Hermaphroditus. *ibid.*
L. Si filius qui in potest. 7. 4
L. Si primo herede. 8. 16
L. Si quis posth. 9..... } *n.* 6. in tit. *de injusto rupt. test.*
§. 1. Sed si ex ea quæ. }
§. 2. Si filium. 2
V. diversumq. est si in host. *ib.*
§. 3. Sed si ex ea quam... *n.* 6. in tit. *de injusto rupt. test.*
§. 4. Sed si per adoptionem. 27
L. Commodissime. 10. 44
L. In suis heredibus. 11. 1
L. Quod dicitur. 12. 32
§. 1. Quid tamen si. *ibid.*
L. Si ita scriptum sit. 13. 31
§. 1. Regula est juris.... *n.* 10. in tit. *de jure codicil.*
§. 2. Testamentum quod. 12
L. Si posthumus. 14. 38
V. itaque et si a primo gradu. 40
V. nam et quum duobus. 38
§. 1. quod vulgo dicitur. 17
§. 2. Si quis ita scripserit. 20
L. Idem est et si ita. 15. *ibid.*
L. Si filius heres. 16... *n.* 30. in tit. *de acq. vel omitt. hered.*
L. Filii etiam hoc. 17. *Num.* 19
L. Multi non notæ. 18. 20
L. Quum quidam filiam. 19. 13
L. Sub conditione. 20... *n.* 13. in append. ad tit. *de vult. et pupill. subst.*
L. Si filium nominatim. 21..... *n.* 214. in tit. *de legat.*
L. Quum posthumus. 22. 35
L. Filio quem pater. 23. 49
§. 1. Si Titius heres. *ibid.*
L. Posthuma sub. 24. 35
L. Titius testamento. 25. 19
V. postea consultus. *ibid.*
§. 1. Lucius-Titius.... *n.* 237. in tit. *de condit. et dem.*
L. Filiusfamilias si. 26. 21
L. Posthumum ex qualibet. 27. 27
L. Filius a patre. 28. 12
V. herede autem. *ibid.*
§. 1. Filiusfamilias miles. 51
§. 2. Si quis ex certa. 26
§. 3. Si quis eo tempore. 27
§. 4. Quid autem si filium... *n.* 61. in tit. *de hered. instit.*
L. Gallus sic posse. 29. 28
§. 1. Quidam recte. 30
§. 2. Idem credendum est. 29
§. 3. Sed et si vivo. *ibid.*
§. 4. Num si et filius. *ibid.*
§. 5. Et quid si tantum. 30
§. 6. Quid si qui filium. *ibid.*
§. 7. Si ejus qui filium. 52
§. 8. Forsitan addubitet. 29
§. 9. Ergo et si (pro) nepos. *ibid.*
§. 10. In omnibus his speciebus. 30
§. 11. Nunc de lege. 43
§. 12. Et videtur primum. 43
§. 13. Sequenti parte succed. 46
§. 14. Videndum num hac. 47
§. 15. Ille casus in difficili. 48
§. 16. Quæremus tamen. *ibid.*
L. Inter cætera. 30. 1
L. Dum apud hostes. 31. 2
L. *fin.* Si filio emancipato. 32... *n.* 18. in tit. *de bon. poss. contr. tab.*

TITULUS III.

De injusto, ruptp, irrito facto testamento.

LEX Testamentum aut. 1... *h. t. N.* 1
L. Tunc autem prius. 2. 3
L. Postbumi per. 3.... *n.* 36. in *de lib. et posth.*

§. 1. Posthumos autem... n. 22. d. tit.
V. sed et hi qui post... n. 45. d. tit.
§. 2. Unde etiam ante... n. 41. d. tit.
§. 3. Ex his apparet... n. 34. d. tit.
§. 4. Sed et si sit. 5
§. 5. Nominatim autem... n. 37. in tit. de lib. et posth.
§. 6. Licet autem posthumus... n. 39. d. tit.
L. Denique et. 4... n. 38. d. tit.
L. Nam si sub. 5... n. 40. d. tit.
L. Si quis filio. 6... } n. 33. d. tit.
§. 1. Sed si pater... } n. 33. d. tit.
§. 2. Sive autem in. } n. 33. d. tit.
§. 3. Succed. itaque... } n. 46. d. tit.
§. 4. Quocumq. autem. } n. 46. d. tit.
§. 5. Irritum fit. Num. 12
§. 6. Sed et si quis. 13
§. 7. Ejus qui deportatur. 14
§. 8. Hi autem omnes. 15
§. 9. Quid tamen si. ibid.
§. 10. Quid si quis fuerit. 16
§. 11. Sed ne eorum quidem. 17
§. 12. Quatenus tamen. 12
V. ergo et si quis damnatus. 13
§. 13. Filiifamilias. 18
L. Si miles jure. 7... n. 37. in tit. de milit. testam.
L. Verum est. 8... n. 49. in tit. de lib. et posth.
V. Filia quum... n. 50. d. tit.
L. Si pater ab hostibus. 9. } n. 53. d. tit.
L. Sed nec filius. 10... } n. 53. d. tit.
L. Si linæ tabulæ. 11. 4
L. Posthum. præterit. 12... n. 54. in tit. de lib. et posth.
§. 1. Si paganus. 9
L. Posthumor. loco. 13... n. 46. in tit. de lib. et posth.
L. Si ita facta sit. 14... n. 37. d. tit.
L. Qui uxorem. 15... n. 54. d. tit.
L. Quum in secundo. 16. 6
L. Filio præterito. 17... n. 4. in tit. de lib. et posth.
L. Si qui heres. 18... n. 14. d. tit.
L. Si ego et Titius. 19... n. 39. d. tit.
§. 1. Sed si ego. } ibid.
§. 2. In prima. } ibid.
L. fin. Lucius-Titus. 20... n. 2. in tit. de his quæ in testam. delent.

TITULUS IV.

De his quæ in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

Lex Quæ in testamento. 1... h. t. N. 1
§. 1. Quod igitur incaute. N. 1
§. 2. Sed si legi non possunt. ibid.
§. 3. Sed consulto. 2
§. 4. Et hereditatis portio. 3
§. 5. Si quis codicillos. ibid.
L. Cancellaverat quis. 2 4
L. Proxime in cognitione. 3. 3
Lex fin. Pluribus tabulis. 4. 5

TITULUS V.

De heredibus instituendis.

Lex Qui testatur. 1... h. tit. N. 33
§. 1. Institutum autem. 27
§. 2. Mutus et surdus. 8
§. 3. Qui neque legaturus. 1
§. 4. Si ex fundo. 34
§. 5. Si autem sic. 32
§. 6. Item Divus Pius. ibid.
§. 7. Item Julianus. ibid.
L. Circa eos qui. 2. 39
§. 1. Post autem interesse. ibid.
L. Servus alienus. 3. 20
§. 1. Si servum meum. 16
§. 2. Si quis ita scrips... n. 49. in tit. de condit. et dem.
§. 3. Qui fideicommis... n. 10. in append. ad. tit. 5 et 6.
§. 4. Aperturæ tabularum..... n. 13. d. tit.
L. Suus quoque heres. 4... n. 5. in tit. de liber. et posth.
V. sed utrum ita demum... n. 6. d. tit.
§. 1. Puto recte generaliter.... n. 8. d. tit.
§. 2. Sed et si filio sub... n. 6. d. tit.
L. Si ejusmodi sit conditio. 5... n. 7. d. tit.
L. Sed si conditioni. 6... n. 6. d. tit.
§. 1. Nepotes autem... n. 5. d. tit.
§. 2. Solemus dicere. 24
§. 3. Si servum comm... n. 5. in append. ad tit. 5. et 6.
§. 4. Sed si sit cum libertate... n. 7. in tit. de jure codic.
L. Si servus (communis). 7. 17
§. 1. Item sive testator. ibid.
L. Duo socii. 8... } n. 6. in append. ad tit. 5 et 6.
§. 1. Sed et si sub. } n. 6. in append. ad tit. 5 et 6.
L. Quoties volens. 9. 27
§. 1. Et si in re quis... n. 5. in tit. de legatis.
§. 2. Sed si non in corpore. 38
§. 3. Sed si majorem. ibid.
§. 4. Sed et si quis... n. 7.... in tit. de legatis.
§. 5. Tantumdem Marcellus. 30

V. sed si conditionem. *N.* 30
§. 6. Idem tractat. *ibid.*
§. 7. Sed si quum. 26
§. 8. Si quis nomen. 28
§. 9. Heres institui nisi. *ibid.*
§. 10. Si quis ita dixerit. 29
§. 11. Plane erit similis. *ibid.*
§. 12. Heredes juris. 52
§. 13. Si duo sint heredes. 34
§. 14. Si quis ita scripserit. 16
§. 15. Si quis primum... *n.* 7. in tit. *de vulg. et pup. subst.*
§. 16. Servus cum libertate.... *n.* 8. in append. *ad tit.* 5 et 6.
§. 17. Si servus ex die. 17
§. 18. Sed si in diem... *n.* 11. in append. *ad tit.* 5 et 6.
§. 19. Sed et si pure. 17
§. 20. Sed et si non ipse. *ibid.*
L. Si alterius. 10. 34
L. Attius fundi. 11. *ibid.*
L. Si inæqualibus. 12. 50
L. Interdum hæc. 13. 46
§. 1. Paterfamilias. 49
§. 2. Denique si minus. 51
§. 3. Sed si alter ex. *ibid.*
§. 4. Sed si excesserit. *ibid.*
§. 5. Sed si duos... scripsit. *ibid.*
§. 6. Sed et si duos... instituerit. 51
§. 7. Apud eumdem. *ibid.*
L. Si quis heredes. 14. 60
L. Julianus quoque. 15. 47
§. 1. Idem eodem. libr. } *n.* 7. in tit. *de vulg. et pup. subst.*
L. Nam tertium. 16.... }
L. Item quod Sabinus. 17. 53
§. 1. Unde idem tractat: Si duos. 62
§. 2. Idemque putat. 62
§. 3. Sed si asse expleto. 54
§. 4. Sed si expleto asse. *ibid.*
§. 5. Quod si quis dupondium. 55
L. Sabinus: Quæsitum est 18. *ibid.*
L. Ex facto etiam. 19. 39
L. Quo loco scribatur. 20. 55
§. 1. Si jam mortuo. 56
§. 2. Quod si vivus. 62
L. Trebatius ait. 21.... *n.* 61. in tit. *de condit. et dem.*
§. 1. Servo libertatem. } *n.* 11. in *d.* append. *ad tit.* 5 et 6.
L. Et expleta quidem. 22. }
L. Si quis instituatur. 23... *n.* 19. in tit. *de bon. poss. sec. tab.*
§. 1. Sed si bonorum.. } *n.* 22. in tit. *quib. et caus. et poss. eat.*
§. 2. Item si condit.... }
§. 3. Sed si sub condit. }
§. 4. Et ideo ait..... }
L. Titius et Seius. 24. } *n.* 8. in tit. *de vulg. et pup. subst.*
L. Quia tacita. 25.... }
L. Idq. et in legato. 26. }
L. Si te solum. 27... *n.* 65. in tit. *de acquir. vel omitt. hered.*
§. 1. Sed si te heredem. } *n.* 214. in t. *de legatis.*
§. 2. Sed si plures.... }
L. Si ita quis instit. 28... *n.* 2. in tit. *de vulg. et pup. subst.*
L. Hoc articulo quisque. 29.... *n.* 264. in tit. *de legatis.*
L. Pignori obligatum. 30... *n.* 5. in append. *ad tit.* 5 et 6.
L. Non minus servos. 31. *N.* 19
§. 1. Hereditarium servum. 21
L. Illa institutio: Quos. 32... *n.* 58. in tit. *de condit. et dem.*
§. 1. Is qui apud hostes. 22
L. Si quis ita scripserit. 33... *n.* 64. in tit. *de acquir. vel amitt. hered.*
L. Hereditas ex die. 34. 40
L. Ex facto proponebatur. 35. 35
§. 1. Unde scio quæsitum. *ibid.*
§. 2. Quum hæc ita sint. *ibid.*
§. 3. Rerum autem italicarum. *ib.*
§. 4. Proinde et si pecuniam. *ibid.*
§. 5. Igitur efficere. *ibid.*
L. Si quis ita scripserit. 36. 38
L. Quum in testamento. 37..... *n.* 20. in tit. *de vulg. et pupil. subst.*
§. 1. Hæc verba: Publius... *n.* 2. *d. tit.*
§. 2. Qui tres filios.... *n.* 214. in tit. *de legatis.*
L. Qui filio impuberi. 38... *n.* 213. *d. tit.*
§. 1. Servus testamento... *n.* 9. in tit. *de jure codic.*
§. 2. Si quis servum suum. 17
§. 3. Quod si post defectam. *ibid.*
§. 4. Igitur quum servus... *n.* 72. in tit. *de legatis.*
§. 5. Quum venditor. } *n.* 65. in tit. *de action. empti.*
L. Id est partem..... }
L. Si pater Titium. 40. } *n.* 19. in tit. *de vulg. et pup. subst.*
L. Et hoc Tiber..... }
L. Qui solvend. non erat, duos. 42. 13
L. Invicem enim. 43. *ibid.*
L. Paterfamilias. 44... *n.* 263. in tit. *de legatis.*
L. Si Mævia mater. 45... *n.* 23. in tit. *de condit. et dem.*
L. Quidam quum filium. 46... *n.* 30. in tit. *de oblig. et act.*

L. Si ita scriptum fuerit. 47. *N.* 45
§. 1. Quidam testamento. 56
§. 2. In testamento ita script. 58
L. His verbis : Titius. 48. 31
§. 1. Illa institutio valet. 41
§. 2. Interdum nec cum libert. 15
§. 3. Si in parte... *n.* 237. in tit. *de condit. et dem.*
L. Si alienum servum. 49... *n.* 4. in append. *ad tit.* 5 et 6.
§. In extraneis heredibus. 24
L. Servum meum hered. 50... *n.* 8. in append. *ad tit.* 5 et 6.
§. 1. Si in non faciendo... *n.* 22. in tit. *de condit. et dem.*
§. 2. Hereditas plerumque. 49
L. Talem institutionem. 51. 16
§. 1. Si quis ita scripserit... *n.* 207. in tit. *de condit. et dem.*
L. Servus hereditar. 52. 21
L. Lucius-Titius Seio. 53. 54
L. Pater filio impuberi. 54... *n.* 7. in tit. *de injusta rupt. test.*
V. quod ad vim autem... *n.* 12. in append. *ad tit.* 5 et 6.
L. Si is qui solvendo non est, primo. 55. 14
L. Potest quis ita. 56. 40
L. Si is qui solv. non est, serv. 57. 14
L. Nemo dubitat. 58. 28
§. 1. Qui frater non est... *n.* 237. in tit. *de condit. et dem.*
L. Liber homo quum. 59... *n.* 17. in tit. *de acq. vel omitt. hered.*
§. 1. Si quis ita heredem. 57
§. 2. Titius heres esto. 52
§. 3. Quum quis ex. 62
§. 4. Si heres institutus. 24
§. 5. Titius ex semisse... *n.* 66. in tit. *de acq. vel omitt. hered.*
§. 6. Si ita scriptum... Titius... *n.* 65. *d. tit.*
§. 7. Si Attius Titium. 63
L. Qui solv. non erat, servum. 60. 13
L. Qui volebat. 61... *n.* 20. in tit. *de lib. et posth.*
L. In tempus capiendæ. 62..... *n.* 382. in tit. *de legatis.*
§. 1. Quotiens non apparet. 28
L. Heredes sine partibus. 63. 62
L. Ejus servum. 64. 21
L. Hereditas ad Statium. 65. 27
L. Si ita quis heredes. 66. 46
L. Si ita script... Tithasus. 67... *n.* 214. in tit. *de legatis.*
L. Si quis Sempronium. 68... *n.* 59. in tit. *de condit. et dem.*
L. Cornelius et Mævius. 69..... *n.* 51. *d. tit.*
L. Captatorias institutiones. 70. *N.* 43
L. Illæ autem institutiones. 71. 43
§. 1. Sed illud quæri. *ibid.*
L. Si quis solidum. 72. 10
L. Sub conditione. 73... *n.* 18. in tit. *de vulg. et pup. subst.*
L. Si ita quis heres. 74. 36
L. Si filius substituatur. 75... *n.* 15. in tit. *de lib. et posth.*
L. Servus uxori. 76... *n.* 20. in tit. *de donat. inter vir. et uxor.*
L. Asse toto. 77..... *n.* 12. in tit. *de jure codicill.*
V. sed hoc tant.
L. Qui non militabat. 78. 35
§. 1. Lucio-Titio ex duabus. 57
§. 2. Filiis heredibus. 58
§. 3. Seius Mævium. 59
L. Quod si non sit. 79. *ibid.*
L. Quod si Mævius. 80. *ibid.*
L. Clemens-Patronus. 81. 59
§. 1. Si ita scripserit. 43
L. Si quis ita heres. 82... *n.* 59. in tit *de cond. et dem.*
L. Si non lex Ælia. 83. 12
§. 1. Temporibus D. Hadriani. 13
L. Si servo fideicom. 84. *n.* 9. in append. *ad tit.* 5 *et* 6.
§. 1. Idem probandum....
§. 2. Idem et in eo....
L. Lucius-Titius. 85... *n.* 269. in tit. *de legatis.*
L. Jam dubitari. 86.... *n.* 9. in tit. *de lib. et posth.*
§. 1. Non ab re autem.
L. Ex unciis sex. 87. 55
L. Ei qui solv. non est, aliquo. 88. 14
L. Si socius heres. 89... *n.* 78. in tit. *de legatis.*
V. plane sub condit.
V. quare etiam heres. 20
L. Testamento domini. 90... *n.* 7. in append. *ad tit.* 5 *et* 6.
L. Imperatorem litis. 91. 42
L. *fin.* Pactumeius. 92... *n.* 241. in tit. *de cond. et dem.*

TITULUS VI.

De vulgari et pupillari substitutione.

Lex Hered. aut instituti... *h. tit.* *N.* 1
§. 1. Heredis substitutio. 5
§. 2. Substituere liberis tam. 41
V. et tam eum quem. 43
§. 3. Substituere liberis pater. 21
L. Moribus introductum. 2. 39
§. 1. Quisquis autem impuberi. 21
V. plane si omissa. 50

§. 2. Interdum etiam pupill... *n.* 79. in tit. *ad SC. Trebel.*
§. 3. Ego, etiamsi. *Num.* 50
§. 4. Prius autem sibi. 24
§. 5. Sed si quis ita fuerit. *ibid.*
§. 6. Sed et si ita scripserit. *ibid.*
§. 7. Quod igitur dictum est. *ibid.*
L. Quum filio impuberi. 3. 30
L. Jam hoc jure. 4. 26
§. 1. Quod jus ad tertium. 28
§. 2. Sed si alter pubes. *ibid.*
L. Si in testamento. 5. 11
L. Si is qui ex bonis. 6. 48
L. Verbis civilibus. 7. 53
L. Qui liberis impuberibus. 8. 36
§. 1. Hæc verba, quisquis. 30
V. partes quoque eadem. 32
L. Si pater filio. 9. 34
L. Sed si plures sint. 10. 30
§. 1. Quos possum... *n.* 14. in append. *ad h. tit.*
§. 2. Filio impuberi. 49
§. 3. Idemque est si. *ibid.*
§. 4. Si ex asse heres. 50
§. 5. Ad substitutos. 47
V. nisi mihi proponas. *ibid.*
§. 6. In adrogato. *ibid.*
§. 7. Nemo institutus. 15
L. Si is qui heres. 11. 45
L. Si filius qui patri. 12. 49
L. Quo gradu heres. 13. 35
L. In pupillari. 14. 53
L. Centurio filiis. 15. *ibid.*
L. Si quis eum. 16... *n.* 205. in tit. *de legatis.*
§. 1. Si suo testamento. 23
V. et tamen patris. *ibid.*
V. nam et si sibi. 49
V. sed si secundum. *ibid.*
L. Substitui liberis. 17. 44
L. Si servus communis. 18..... *n.* 14. in append. *ad h. tit.*
§. 1. Si Titio fuerit. } *n.* 213. in tit.
L. Idem est, et si. 19. } *de legatis.*
L. Patris et filii. 20. 21
§. 1. Si pater sibi. 22
L. Si ita quis substituerit. 21. 54
L. Is qui contra. 22... *n.* 9. in tit. *de his quæ ut indign.*
L. Qui plures heredes. 23. 10
L. Si plures sint. 24. 11
L. Si pater impuberes. 25. 35
L. Si pater filium. 26... *n.* 45. in tit. *de lib. et posth.*
L. Si Titius coheredi. 27. 8
L. Lex Cornelia. 28. 51
L. Si pater captus sit. 29. *ibid.*
L. Quidam testamento. 30. 16
L. In substitutione. 31. *Num.* 31
§. 1. Non simili modo. *ibid.*
L. Qui complures heredes. 32. 12
L. Si mater ita. 33. 42
§. 1. Si filius et ex eo. 20
L. Ex duobus. 34. 38
§. 1. Filium impuberem. 31
§. 2. Etiam si contra patris. 50
L. Etsi contra tabulas. 35... *n.* 27. in tit. *de leg. præst. cont. tab.*
L. Potest quis in testamento, 36. 13
§. 1. Et vel plures in. 14
L. Vel singulis liberis. 37. 37
L. Qui plures liberos 38. *ibid.*
§. 1. Ergo et ad breve. 54
§. 2. Itaque et si diversos. *ibid.*
§. 3. Si a patre institutus. 50
L. Quum ex filio. 39. 42
§. 1. Filio impuberi. 43
§. 2. Quidam quatuor. 18
L Causa cognita. 40. 52
L. Coheredi substitutus. 41. 8
§. 1. Ex his verbis, eosque. 11
§. 2. Quum filiæ vel nepoti. 40
§. 3. Quod si heredem. 55
§. 4. Qui discretas portiones. 10
§. 5. Qui patrem et filium. *ibid.*
§. 6. Coheres impub.... } *n.* 69. in tit. *L. Falcid.*
V. non idem servabit. }
§. 7. Quum pater impuberi. 38
§. 8. Non videri cum vitio. 25
L. Qui duos impuberes. 42. 38
L. Ex facto quæritur. 43. 56
§. 1. Item quæro: Si ita facta. 54
§. 2. Lucius-Titius quum..... *n.* 15. in tit. *de lib. et posth.*
§ 3. Julius-Longinus. 33
L. Ex pupillari. 44. 23
L. Lucius-Titius legitimum. 45. 28
§. 1. Paulus respond. si omnes. 10
L. Paterfam. primis. 46... *n.* 203. in tit. *de cond. et dem.*
L. Qui habebat filium. 47. 29
L. Servum communem. 48. 15
§. 1. Titius heres esto. *ibid.*
§. 2. Si pupillus substitutum... *n.* 12. in append. *ad h. tit.*

TITULUS VII.

De conditionib. institutionum.

Pleræque hujus tituli leges transfusæ sunt in tit. *de conditionib. et demonstrationib.* infra *lib.* 35.

LEX Sub impossibili. 1... *d. tit. N.* 21
L. Si testamento. 2. 207

§. 1. Sed si duo servi... *n.* 186. in tit. *de legatis.*
L. Si ita heres. 3. *Num.* 119
L. Si qui ita sint. 4. 26
§. 1. Idem Julianus. 25
L. Si heredi plures. 5. 129
L. Si quis ita institutus. 6. 24
L. Si quis sub condit. 7. 27
L. Quæ sub conditione. 8. 28
§. 1. Hoc edictum. *ibid.*
§. 2. In fideicommissis. *ibid.*
§. 3. Et in mortis causa. *ibid.*
§. 4. Si quis sub jurisjurandi. 30
§. 5. Sed si sub jurisjur. *ibid.*
§. 6. Quotiens heres. 31
§. 7. Mortuo autem vel. *ibid.*
§. 8. De hoc jurejurando. 30
L. Conditiones quæ. 9. 27
L. Institutio talis. 10... *n.* 12. in tit. *de jure codicil.*
§. 1. Si quem ita institutum. 19
L. Si quis testamento. 11. 119
L. Verba hæc, Publius. 12. 51
L. Et qui ita hereditatem. 13. 97
L. Conditiones contra. 14. 27
L. Filius qui fuit. 15.... *n.* 8. in tit. *de lib. et posth.*
L. Si Titius heres. 16. 61
L. Si plures institutiones. 17.... *n.* 214. in tit. *de legatis.*
L. Quum servus. 18. 88
§. 1. Hac ratione. *ibid.*
L. Si ita scriptum fuerit. 19. 203
L. Mulier quæ viro. 20. 25
§. 1. Si quis hereditarium. 96
V. sed post aditionem. *ibid.*
§. 2. Si quis te heredem ita.... *n.* 43. in tit. *de hered. inst.*
L. Servus alienus. 21. } *n.* 18.
L. Quia ratio. 22..... } *d. tit.*
L. Uter ex fratribus. 23. } *n.* 29.
L. Qui ex fratribus. 24.. } *d. tit.*
L. Sub conditione heres. 25. 97
L. Si pupillus sub. 26. *ibid.*
L. Quidam in suo. 27. 27
§. 1. Heredi quem... *n.* 10. in tit. *de jure codicill.*
L. *fin.* Si filius sub. 28... *n.* 7. in tit. *de lib. et posth.*

TITULUS VIII.

De jure deliberandi.

LEX Si servus fuerit. 1... *h. t.* *N.* 4
§. 1. Ait prætor, si tempus. 1
§. 2. Quum dicit tempus. 5
L. Itaque pauciores. 2. *ibid.*
L. Necnon illud. 3. 6
L. Sed hoc impetrari. 4. *ibid.*
L. Aristo scribit. 5. 7
§. 1. Si major sit hereditas. 9
L. Igitur si quidem. 6. *ibid.*
L. Ait prætor, si pupilli. 7. 8
§. 1. Merito prætor. *ibid.*
§. 2. Quid sit autem deminui. } *ibid.*
§. 3. In causæ autem cognit. } *ibid.*
V. sed et ubi urget. *ibid.*
L. Si quis suus heres. 8. 3
L. Filius dum deliberat. 9. 8
L. Si plures gradus. 10. 2
L. *fin.* Qui filium libertinum. 11... *n.* 197. in tit. *de cond. et dem.*

FINIS TABULÆ TOMI X.